

University of Groningen

De wisselende betekenis van de Richtlijn oneerlijke bedingen in de Nederlandse rechtspraak
Pavillon, C.M.D.S.

Published in:
Vermogensrechtelijke annotaties

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2006

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Pavillon, C. M. D. S. (2006). De wisselende betekenis van de Richtlijn oneerlijke bedingen in de Nederlandse rechtspraak: een drieluik. *Vermogensrechtelijke annotaties*, 2, 25-70.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

De wisselende betekenis van de Richtlijn oneerlijke bedingen in de Nederlandse rechtspraak: een drieluik

C.M.D.S. Pavillon¹

1 Inleiding

Dit artikel betreft de wijze waarop de Nederlandse rechter tot op heden is omgegaan met de Richtlijn oneerlijke bedingen² en de bijbehorende jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG). Meer dan tien jaar nadat de richtlijn in werking is getreden, is het effect dat de richtlijn heeft gesorteerd in de rechtspraak goed zichtbaar.

De verwevenheid van een tweetal onderzoeksvragen met betrekking tot de Richtlijn oneerlijke bedingen en de hieruit voortgevloeide conclusies vormen de aanleiding tot dit artikel. Deze twee zoektochten betreffen enerzijds de *interne* en *externe* grenzen van de plicht tot richtlijnconforme interpretatie van de rechter³ en anderzijds zijn motivatie om aan de Richtlijn oneerlijke bedingen (en bijbehorende jurisprudentie) te refereren in zijn uitspraken.⁴ Het verwerken van de uitkomsten van deze zoektochten leverde een driedig beeld op van de betekenis, die de komst van de Richtlijn oneerlijke bedingen heeft gehad in de rechtspraak.

Welke bevindingen beide zoektochten hebben opgeleverd, hoe deze bevindingen met elkaar zijn verbonden en welk beeld van de impact van de richtlijn de bevindingen hebben opgeleverd, zal hierna kort worden toegelicht.

1 Met dank aan prof. mr. H.B. Krans en prof. mr. M.H. Wissink voor hun waardevolle commentaar op eerdere versies.

2 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, PbEG 1993, L 95.

3 Bij de toepassing van het gehele nationale recht, en meer in het bijzonder van de nationale wetgeving waarmee deze richtlijn is omgezet, is de rechter gebonden aan de door het HvJ EG geformuleerde plicht tot richtlijnconforme interpretatie: HvJ EG 10 april 1984, 14/83, Von Colson en Kamann, Jur. 1984, p. 1891; HvJ EG 13 november 1990, C-106/89, Marleasing, Jur. 1990, p. I-4135, NJ 1993, 163. Zie over de begrenzing van de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie de hoofdstukken 5, 6 en 7 in: M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001.

4 Er is in dit artikel bijzondere aandacht voor die (gepubliceerde) uitspraken en arresten, waarin de Richtlijn oneerlijke bedingen in de uitspraak zelf of in de conclusie wordt aangehaald.

De drie meest opvallende conclusies ten aanzien van de invloed van de richtlijn vormen de drie pijlers van dit artikel.

1.1 Twee zoektochten en hun onderlinge verband

De zoektocht naar de grenzen van de plicht tot uitlegging van het nationale recht in conformiteit met de Richtlijn oneerlijke bedingen leverde het volgende beeld op. De interne begrenzing van de uitlegplicht is inherent aan het nationale rechtsstelsel en betreft, kort samengevat, de mogelijkheid om het nationale recht in conformiteit met de richtlijn toe te passen. De vraag naar de interpretatieruimte die het nationale recht biedt (ofwel de grens van het mogelijke) om een effectieve doorwerking van de Richtlijn oneerlijke bedingen te garanderen, stelde zich bovenal bij de door artikel 5 van de richtlijn voorgeschreven uitleg contra proferentem (voorafgaand aan de invoering van art. 6:238 lid 2 BW) en bij de recent in de *Océano*-uitspraak⁵ door het HvJ EG neergelegde bevoegdheid tot ambtshalve toetsing.

De externe begrenzing van de uitlegplicht vloeit voort uit de communautaire rechtsorde en betreft de door het communautaire recht opgelegde grenzen en bestaat aan de ene kant uit het rechtszekerheidsbeginsel en aan de andere kant uit het daaruit afgeleide verbod op de directe horizontale werking van de bepalingen uit de richtlijn.⁶ Uit de Nederlandse jurisprudentie kan worden opgemaakt dat uitleg in conformiteit met de Richtlijn oneerlijke bedingen slechts eenmaal direct in verband is gebracht met het rechtszekerheidsbeginsel.⁷ Er zijn mij geen zaken bekend waarin is geoordeeld dat interpretatie van het burgerlijk recht in conformiteit met de Richtlijn oneerlijke bedingen door een lagere instantie in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel heeft plaatsgevonden. De opmerkelijke correlatie tussen de Richtlijn oneerlijke bedingen en de externe begrenzing van de uitlegplicht betreft bovenal, zo blijkt uit deze zoektocht, het verbod op directe horizontale werking van de richtlijn.

De zoektocht naar directe verwijzingen naar de richtlijn (en bijbehorende rechtspraak van het HvJ EG) leerde dat een relatief groot aantal verwijzin-

5 HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98, *Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero*, NJ 2000, 730.

6 Wissink 2001, nr. 235.

7 Hof Den Haag 22 maart 2005, LJN AT1762. Volgens het hof diende art. 6:231 onder a BW, zoals de tekst tot 30 juni 2004 gold, conform de Richtlijn oneerlijke bedingen te worden uitgelegd. Zo oordeelde het hof dat 'bedingen in een elektronische omgeving onder de werking van art. 6:231 BW [dienen] te worden begrepen'. Het hof zag in dat door de aanwezigheid van het woord 'schriftelijk' in de wettekst de 'rechtszekerheid zich tegen een dergelijke uitleg zou kunnen verzetten', maar sloot schending van het beginsel conform 'de heersende opvatting in de literatuur' uit. Zie bijvoorbeeld R.M. Vriesendorp-van Seumeren, *Algemene voorwaarden en verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 171; en Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden*, Monografieën Nieuw BW B-55, Deventer: Kluwer 2003, nr. 12.

gen artikel 5 van de richtlijn en de (implicaties van de) *Océano*-uitspraak betreffen. Hier ontmoeten beide zoektochten elkaar. Dat een richtlijn wordt aangehaald juist daar waar de mogelijkheid tot richtlijnconforme interpretatie op grond van het nationale recht wordt verkend, is niet erg verrassend. De interne grens kan door creatieve verwijzingen zelfs worden verschoven, zolang de rechtszekerheid niet wordt geschonden. Verreweg de meeste verwijzingen naar artikel 5 van de richtlijn betreffen echter niet het creëren van een mogelijkheid tot interpretatie in conformiteit met de richtlijn, maar het uiten van verzet tegen de uitlegregel uit de richtlijn. Daarentegen staat de rechter welwillend ten opzichte van zijn bevoegdheid tot ambtshalve toetsing.

Het risico op het passeren van de externe grens van de uitlegplicht (dat wil zeggen: het toekennen van rechtstreekse werking) neemt toe bij referenties aan de richtlijn. Op dit punt zijn beide zoektochten op voorhand met elkaar vervlochten. Bij rechterlijke verwijzingen naar de Richtlijn oneerlijke bedingen en de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing wordt de schemerzone tussen de plicht tot richtlijnconforme interpretatie en de rechtstreekse doorwerking van de richtlijn af en toe betreden. Er is enige verwarring ontstaan met betrekking tot beide doorwerkingsmechanismen. Deze verwarring kan zowel worden herleid tot de materiële gelijkenis tussen de toets uit de richtlijn en de toets uit artikel 6:233 onder a BW als tot onduidelijkheid over de wijze waarop ambtshalve moet worden getoetst. De motivatie van de rechter om een rechtstreeks beroep te doen op de richtlijn, heeft steeds vaker te maken met een zoektocht naar nieuwe argumenten, veelal ontleend aan de lijst in de bijlagen bij de richtlijn.

1.2 Driemaal de invloed van de Richtlijn oneerlijke bedingen

Bovenstaande bevindingen schetsen een compleet beeld van de betekenis die de Richtlijn oneerlijke bedingen tot nu toe heeft gehad in de rechtspraak. De uitlegregel uit artikel 5 en de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing, voortvloeiende uit artikelen 6 en 7, zouden vanwege hun vernieuwende en indringende karakter de grootste invloed moeten hebben op de rechtspraak. Opmerkelijk is dat beide veranderingen vergaande implicaties hebben voor de *positie van de rechter*. Door de uitlegregel wordt zijn vrijheid bij de uitleg van contracten beperkt⁸, door het dwingende karakter van de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing staat zijn lijdelijkheid op het spel. Toch heeft alleen de uitlegregel op verzet van de rechter gestuit. Dit lauwe onthaal staat in schril contrast met de welwillendheid waarmee ambtshalve wordt getoetst.

8 R.P.J.L. Tjittes, 'De (on)vrijheid van de rechter bij de uitleg van contracten', in: T. Hartlief e.a. (red.), CJHB, Brunner-bundel, Deventer: Kluwer 1994, p. 415.

Artikel 5 van de richtlijn staat centraal in de tweede paragraaf; de omgang met de *Océano*-uitspraak door de Nederlandse rechter wordt besproken in de derde paragraaf.

In de vierde en laatste paragraaf van dit artikel is er aandacht voor de invloed van de Europese inhoudstoets zelf en van de lijst in de bijlage bij de richtlijn op de rechtspraak. Met betrekking tot de inhoudstoets zelf zijn geen knelpunten ontstaan. Wel lijkt de rechter de lijst bij de richtlijn steeds vaker als een bron van argumenten te gebruiken, met name wanneer hij wordt geconfronteerd met bedingen die wel op de Europese lijst maar niet op de Nederlandse lijst staan.

2 De *contra proferentem*-regel: onbekend maakt onbemind

2.1 Vóór de correcte omzetting van artikel 5: richtlijnconforme interpretatie van bestaande regels

2.1.1 De discrepanties tussen het BW en de richtlijn

Oudejaarsdag 1994 vormde de uiterlijke omzettingsdatum van de Richtlijn oneerlijke bedingen. Nederland had op die einddatum nog niets ondernomen, in tegenstelling tot andere lidstaten.⁹ Het Nederlandse standpunt dat omzetting door middel van nieuwe wetgeving niet geboden was, stoelde op de overtuiging dat het pas ingevoerde nieuwe BW aan de minimumeisen van de richtlijn voldeed en daarom geen aanpassingen behoeft.¹⁰ De omzetting van de Richtlijn oneerlijke bedingen in Nederland geschiedde aanvankelijk simpelweg aan de hand van het 'BW met zijn laatste wijzigingen', *Staatsblad* 1991, nr. 600'.¹¹ Op deze keuze is in de literatuur meermalen kritiek uitgeoefend.¹² Daar waar kleine verschillen te bespeuren waren tussen de Europese en Nederlandse tekst, ging de regering echter uit van een gemeenschapstrouwe opstelling van de Nederlandse rechter.

Er vielen inderdaad enige discrepanties te bespeuren tussen het BW en de richtlijn. De Nederlandse regeling bood in tegenstelling tot de richtlijn geen bescherming tegen:

9 Zo werd in februari 1995 in Frankrijk de wettekst van art. L 132-I van de Code de la Consommation aangepast en trad op 1 juli 1995 in het Verenigd Koninkrijk de Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994 in werking.

10 De richtlijn heeft een minimumkarakter en eist van de lidstaten dat hun nationale wetgeving ten minste het in door de richtlijn voorgeschreven beschermingsniveau biedt.

11 Dit blijkt uit de summiere weergave van de door Nederland aan de Europese Commissie verschaft informatie, te vinden in Celex: <http://europa.eu.int/celex/cgi/sga_rqst?SESS=8384!CTXT=14!UNIQ=19!APPLIC=celexext!FILE=VISU_vitxt_14_26_1!DGP=olVI_ana26>.

12 B. Wessels & R.H.C. Jongeneel, *Algemene voorwaarden*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink 1997, nr. 20; Tjittes 1994, p. 411 (nt. 16).

1. oneerlijke mondelinge bedingen;
2. oneerlijke slechts eenmaal gehanteerde schriftelijke bedingen waarover niet afzonderlijk onderhandeld; en
3. onduidelijk en onbegrijpelijk geformuleerde bedingen: zo ontbraken in de Nederlandse wet een bepaling dat algemene voorwaarden helder en begrijpelijk geformuleerd dienen te worden en de *regel* dat uitleg van een onduidelijk beding in het voordeel van de consument moet geschieden. De richtlijn stelt als eis dat schriftelijke bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd waar zij aan toevoegt dat in geval van twijfel de voor de consument meest gunstige interpretatie *moet* prevaleren. Het zogenaamde transparantiebeginsel en de *contra proferentem*-regel zijn beide neergelegd in artikel 5 van de richtlijn.

Richtlijnconforme interpretatie moest bij bovenstaande verschillen tussen richtlijn en Nederlands recht uitweg bieden. En dit uitgangspunt leek juist getuige de zeer nauwkeurige en geslaagde poging tot richtlijnconforme interpretatie van het begrip 'kernbeding' in artikel 6:231 onder a BW in het *Assoud/SNS-arrest*.¹³ Dit arrest betrof echter noch het transparantiebeginsel noch de *contra proferentem*-regel.¹⁴ Welke mogelijkheden had de rechter, direct na de inwerkingtreding van de richtlijn, om de plooien tussen het Nederlandse recht en artikel 5 richtlijn glad te strijken?

2.1.2 De mogelijkheid tot richtlijnconforme interpretatie van het BW

Ten aanzien van de bescherming van de consument tegen onheldere bedingen¹⁵ deden zich aanvankelijk twee mogelijkheden voor in het kader van een richtlijnconforme interpretatie van (de ter omzetting van de richtlijn dienende) afdeling 6.5.3. In de eerste plaats kon op grond van artikel 6:233 onder b BW een onheldere voorwaarde vernietigbaar worden geacht wanneer de wederpartij onvoldoende mogelijkheid had gehad om er effectief kennis van te nemen. In de tweede plaats zou de onhelderheid van het beding als een omstandigheid kunnen worden aangevoerd ter concretisering van de open norm uit artikel 6:233 onder a BW in het voordeel van de consument. Een belangenafweging in het kader van artikel 6:233 onder a BW beperkt zich echter zelden tot de enkele omstandigheid, dat het onhel-

13 HR 19 september 1997, NJ 1998, 6, vervolgd in: Hof Amsterdam 7 mei 1998, AA 1998, p. 788.

14 Zie r.ov. 3.4.2. Beide zijn overigens sinds de inwerkingtreding van de richtlijn ook van toepassing op kernbedingen.

15 Onderscheid kan worden gemaakt tussen absoluut niet-begrijpelijke bedingen (die door hun onbepaaldheid voor ongeschreven kunnen worden gehouden), relatief niet-begrijpelijke bedingen (waarvan de lading voor de wederpartij niet voldoende kenbaar is) en onduidelijke bedingen (die in verschillende zin kunnen worden uitgelegd). Zie Jac. Hijma, 'Onheldere bedingen', WPNR 6173 (1995), p. 193-194.

der is. Het slagen van een beroep op dit artikel is allerm minst vanzelfsprekend door de veelheid aan omstandigheden die kunnen meewegen. De 'onredelijk bezwarendheid'-toets uit 6:233 onder a BW biedt ook geen oplossing voor het probleem van de uitleg van een *onduidelijk* beding en de vraag in wiens voordeel de vaststelling van de betekenis zal zijn. Pas na vaststelling van de betekenis van het beding (in het nadeel van de consument?) zou het pad van artikel 6:233 onder a BW kunnen worden bewandeld.

De weg van artikel 6:233 onder b BW kent, als meer voor de hand liggende oplossing, ook grote tekortkomingen. Het beperkt zich tot die gevallen waarin de gebruiker van het beding het kenbaarheidsbelang van de consument daadwerkelijk heeft geschonden. Een beroep op artikel 6:233 onder b BW zou voor wat *onduidelijke* bedingen betreft overigens slechts zin hebben in die gevallen, waarin de gebruiker niet aan zijn informatieplicht heeft voldaan. Dit zal bij *onduidelijke* bedingen minder evident zijn dan bij *relatief niet-begrijpelijke* bedingen.

Mogelijk zou een beroep op andere bepalingen dan die uit afdeling 6.5.3 noodzakelijk zijn geweest als het beschermingsniveau van de richtlijn niet behaald zou kunnen worden aan de hand van de regeling van de algemene voorwaarden.¹⁶ Hierbij moet in de eerste plaats worden gedacht aan de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid¹⁷ maar ook aan artikel 3:33-35 BW (gerechtvaardigd vertrouwen).

2.1.3 *Uitleg contra proferentem bij schending van het transparantiebeginsel: onduidelijke bedingen*

De mogelijkheden gebaseerd op afdeling 6.5.3 BW hebben weinig om het lijf als het aankomt op de bescherming tegen bedingen die in verschillende, min of meer voor de consument bezwarende, zin kunnen worden uitgelegd. Bij onduidelijke bedingen, die evenzeer een schending vormen van het transparantiebeginsel, speelt de niet-omgezette uitlegregel van artikel 5 van de richtlijn de hoofdrol.

De Nederlandse rechter was bij de invoering van de richtlijn al bekend met de uitleg *contra proferentem* van onduidelijke bedingen. De vaststelling van de voor de niet-professionele partij meest gunstige betekenis was echter

¹⁶ M.H. Wissink, 'Algemene voorwaarden en de richtlijn oneerlijke bedingen', Bb 1995, p. 3. HvJ EG 16 december 1993, C-334/92, Wagner Miret, Jur. 1993, p. I-6911, r.ov. 21 bepaalt het belang van de inspanning tot richtlijnconforme interpretatie door de nationale rechter in een dergelijke situatie.

¹⁷ Een voorbeeld van de richtlijnconforme toepassing van art. 6:248 lid 2 BW bij schending van het transparantiebeginsel door het opnemen van een relatief niet-begrijpelijk beding in een consumentenovereenkomst is Roermond 25 januari 2001, LJN AA9651. Zie nt. 62.

van oudsher, in tegenstelling tot wat artikel 5 van de richtlijn voorschrijft, geen *vaste regel* in het Nederlandse recht. De uitleg *contra proferentem* gold slechts als een algemeen *gezichtspunt*, dat bij de beoordeling van de uit te leggen overeenkomst naargelang de omstandigheden mocht meewegen.¹⁸ Deze interpretatiewijze werd in de Nederlandse rechtstraditie door zijn raakvlakken met omstandigheden als de hoedanigheid en/of deskundigheid van de partijen en de totstandkomingsgeschiedenis eenvoudig ondergebracht in het bredere Haviltex-systeem.¹⁹

Op grond van de richtlijn zou het *contra proferentem*-gezichtspunt zwaarder laten meewegen onvoldoende bescherming bieden. De uitleg *contra proferentem* zou hetzelfde indringende en verplichtende karakter²⁰ moeten krijgen als bedoeld in de richtlijn. Deze uitleg zou als uitgangspunt moeten gaan fungeren. Dit betekende dat er bij onduidelijke bedingen in consumentovereenkomsten afstand zou moeten worden genomen van de op Haviltex gebaseerde uitlegmethode. In de komende paragrafen zal duidelijk worden dat deze omslag nog steeds niet helemaal is gemaakt, zelfs na de impuls van de uiteindelijke omzetting van artikel 5.

Inhoudelijk werden de bepalingen uit artikel 5 van de richtlijn geacht niets meer te zijn dan een 'subregel' van de in paragraaf 2.1.2 genoemde BW-bepalingen.²¹ Deze konden richtlijnconform worden toegepast en codificatie van het transparantiebeginsel en de uitlegregel was dan ook niet geboden. De literatuur heeft zich in een aantal gevallen aangesloten bij het oordeel van de Nederlandse regering, wijzend, net als zij, op de uit het EG-verdrag voortvloeiende verplichting van richtlijnconforme interpretatie.²² De verwachting was dat de 'resterende plooiën (zouden) worden gladgestreken door de rechter' omdat deze de BW-bepalingen en de algemene voorwaarden regeling in het bijzonder zoveel mogelijk in het licht van de doelen van de richtlijn zou interpreteren.²³ De Europese instellingen waren echter een andere mening toegedaan.

18 HR 24 september 1993, NJ 1993, 760 (Brackel/Unat). In dezelfde zin in de lagere rechtspraak: Ktr. Tilburg, 11 april 1996, Prg. 1996, 4571.

19 T.H. Tanja-van den Broek, 'Een kwestie van uitleg', WPNR 6493 (2002), p. 431-432.

20 Van een absolute verplichting is overigens geen sprake. Zie par. 2.3.3.

21 M.H. Wissink, 'Europese uitleg van onduidelijke algemene voorwaarden', in: M.E. Franke e.a. (red.), Europees contractenrecht, BWKJ 11, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 159.

22 Wissink 1995, p. 155-169; A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht, deel II, Algemene leer der overeenkomsten, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, nr. 345.

23 Jac. Hijma, Algemene voorwaarden, Monografieën Nieuw BW B-55, Deventer: Kluwer 1997, nr. 8.

2.2 De omzettingssperikelen van de Nederlandse regering: 1999-2001

2.2.1 *Het implementatiewetje van 1999*

De Commissie kon zich niet vinden in de keuze van de Nederlandse wetgever. De hooggespannen verwachtingen ten aanzien van richtlijnconforme interpretatie hebben haar niet kunnen geruststellen. Naar aanleiding van door de Commissie geuite kritiek werd alsnog een implementatiewetje ingevoerd: artikel 6:231 onder a BW kreeg een nieuwe slottournure die onduidelijk en onbegrijpelijk geformuleerde bedingen, ook wanneer het kernbedingen betreft, binnen de werkingssfeer van afdeling 6.5.3 plaatst. Artikel 6:238 BW werd uitgebreid met een tweede lid ter omzetting van artikel 5 van de richtlijn. In de eerste zin is het transparantiebeginsel geformuleerd en in de tweede zin wordt in Nederland een uitlegmethode wettelijk vastgelegd: voor met consumenten gesloten overeenkomsten geldt nu de *contra proferentem*-regel.²⁴

Deze *contra proferentem*-regel werd in het kader van de collectieve actie gedeactiveerd. Artikel 6:240 lid 1 derde zin werd toegevoegd vanuit de gedachte dat het contraproductief zou werken als onduidelijk of onbegrijpelijk geformuleerde bedingen door een verzachtende uitleg aan een mogelijke sanctie zouden ontsnappen. Deze wetswijzigingen traden op 17 november 1999 in werking maar maakten nog geen einde aan de Nederlandse omzettingssperikelen.

2.2.2 *De inbreukprocedure*

De Commissie had in de tussentijd (op 21 april 1999) een verzoekschrift ingediend bij het HvJ EG tot vaststelling van de schending van de verplichting tot omzetting. Het HvJ EG werd daarom gevraagd om een uitspraak over de situatie zoals die in Nederland bestond tussen 1 januari 1995 en 21 april 1999. Het verwijt van de Commissie hield in dat de bestaande Nederlandse wettelijke regeling minder bescherming zou bieden dan op grond van de richtlijn was vereist.²⁵

²⁴ Zie over deze regel en zijn geschiedenis: E.J.H. Schrage, 'Contra proferentem', VRA 2005, 1, p. 34-64.

²⁵ M.H. Wissink, 'Nederland veroordeeld wegens onvolledige omzetting van de richtlijn oneerlijke bedingen – Noot bij HvJ EG 10 mei 2001, C-144-99, Commissie/Nederland', NTBR 2002/4, p. 152. De procedure had betrekking op de volgende vier punten:

1. art. 4 lid 2 richtlijn: kernbedingen worden slechts van de toetsing uitgesloten voor zover zij duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd;
2. art. 5 eerste volzin richtlijn: bedingen in consumentenovereenkomsten moeten steeds duidelijk en begrijpelijk worden geformuleerd;
3. art. 5 tweede volzin richtlijn: in geval van twijfel over de betekenis van een beding prevaleert de voor de consument meest gunstige uitleg;
4. art. 5 derde volzin richtlijn: deze uitlegregel is niet van toepassing op collectieve acties.

Het HvJ EG oordeelde in deze inbreukprocedure ex artikel 169 EG (tegenwoordig art. 226 EG) dat Nederland niet had mogen volstaan met het toevoegen van een omzettingsdoel aan bestaande regelgeving.²⁶ Het vertrouwen van de Nederlandse regering in richtlijnconformiteit bleek duidelijk uit haar verweer tijdens de procedure. De Nederlandse stelling dat richtlijnconforme interpretatie het mogelijk zou maken de doelstellingen van de richtlijn te bereiken, werd echter verworpen. Het HvJ EG oordeelde in navolging van advocaat-generaal Tizzano dat richtlijnconforme uitleg niet de helderheid en nauwkeurigheid kan hebben die met het oog op de rechtszekerheid noodzakelijk zijn.²⁷

Afzonderlijke omzetting is volgens het arrest slechts dan niet nodig als:

1. het betrokken nationale recht daadwerkelijk de volledige toepassing van de richtlijn verzekert;
2. de uit het nationale recht voortvloeiende rechtssituatie voldoende bepaald en duidelijk is;
3. de begunstigden in staat zijn kennis te nemen van al hun rechten en deze zo nodig geldend kunnen maken voor de nationale rechter.²⁸

Tizzano voegt daar nog aan toe dat omzetting slechts dan niet vereist is als de 'conforme regeling in de al bestaande nationale regelgeving geen enkele twijfel laat bestaan over de draagwijdte van de rechtspositie die particulieren aan de richtlijn ontleen'.²⁹

De Nederlandse regering achtte de regeling zoals neergelegd in afdeling 6.5.3 vanaf het begin in staat om aan bovenstaande eisen te voldoen. Dit blijkt uit de memorie van toelichting van het aanpassingswetje, waarin zij onderstreept dat 'het wetsvoorstel geen materiële wijziging behelst, zoals ook naar voren komt uit het feit dat tussen de Commissie en de Nederlandse regering geen enkel verschil in inzicht heeft bestaan over de materiële uitleg van de (...) bepalingen van de richtlijn'.³⁰ De Nederlandse regering leunde echter iets te sterk op richtlijnconforme interpretatie. Volgens de Commissie garandeerde richtlijnconforme interpretatie niet de effectieve doorwerking van artikelen 4 lid 2 en 5 van de richtlijn. Het standpunt van de regering dat de wetswijziging geen rechtswijziging heeft meegebracht,

26 HvJ EG 10 mei 2001, C-144-99, Commissie/Nederland, Jur. 2001, p. I-3541.

27 HvJ EG 10 mei 2001, C-144-99, Commissie/Nederland, Jur. 2001, p. I-3541, r.ov. 21 en advocaat-generaal Tizzano, conclusie onder 36 voor HvJ EG 10 mei 2001, C-144-99, Commissie/Nederland, Jur. 2001, p. I-3541, zie ook: M.B.M. Loos, 'Veroordeling Nederland wegens niet-omzetting Richtlijn oneerlijke bedingen', NTER 2001, p. 242-244.

28 HvJ EG 10 mei 2001, C-144-99, Commissie/Nederland, Jur. 2001, p. I-3541, r.ov. 17 en 18.

29 Advocaat-generaal Tizzano, conclusie onder 17 voor HvJ EG 10 mei 20/8501, C-144-99, Commissie/Nederland, Jur. 2001, p. I-3541.

30 MvT, 26470, nr. 3, p. 1-2.

blijft echter niet overeind staan wanneer men het wetje onder de loep neemt.³¹ Onheldere kernbedingen vallen door artikel 6:231 integraal onder het regime van afdeling 6.5.3 en dus ook onder de informatieplicht ex artikel 6:233 onder b jo. 234. Dit gaat verder dan wat de richtlijn minimaal vereist.³²

2.3 De omgang van de rechter met de uitlegregel vóór en na de omzetting van artikel 5 van de richtlijn

2.3.1 Voorafgaand aan de invoering van artikel 6:238 lid 2 BW (17 november 1999)

Tot aan het openlijke conflict tussen de Nederlandse regering en de Europese Commissie, dat wil zeggen in de periode waarin de rechter door middel van richtlijnconforme interpretatie de verschillen tussen richtlijn en Nederlandse wet moest overbruggen, is het in de rechtspraak opvallend stil gebleven rond artikel 5 van de richtlijn.³⁴

De richtlijnconforme uitspraak van de Nederlandse rechter in *Assoud/SNS*³⁵ kon het HvJ EG er niet van weerhouden Nederland te veroordelen. Naast dit voorbeeld van geslaagde richtlijnconforme interpretatie vindt men in de jurisprudentie echter ook uitspraken waarin de lagere rechter, vóór de omzetting, in consumentenzaken waarop de richtlijn al wel van toepassing was, voorbijging aan de richtlijn en in het bijzonder aan de *contra proferentem*-regel.³⁶

Het HvJ EG kon gebaseerd op de rechtspraak dus wel eens gelijk hebben gehad toen het stelde dat zonder omzetting van artikel 5 in het Nederlandse recht de consument geen volledige bescherming genoot. Het voorbijgaan aan de uitleg *contra proferentem* is vaak onderstreept door annotator Hendrikse.³⁷ Het informeren van de rechtspraak over de introductie van

31 M.H. Wissink, 'Een 'effectief' wetsvoorstel', WPNR 6371 (1999), p. 679-680.

32 Daarbij gaat de Nederlandse wetgever ook nog uit van een enger begrip kernbeding dan de richtlijn: M.L. Hendrikse & M. van Zijst, 'Heeft het begrip kernbeding nog inhoud?', WPNR 6303 (1998), p. 146. Niettemin bood afdeling 6.5.3, zelfs na invoering van het wetje, in strijd met de richtlijn, nog geen bescherming tegen oneerlijke mondelinge bedingen of eenmalige niet-uit-onderhandelde bedingen. Inmiddels is met de omzetting van de richtlijn inzake elektronische handel (PbEG 2000, L 178/1) het woord schriftelijk uit art. 6:231 BW verdwenen.

33 Waar in deze paragraaf van omzetting wordt gesproken, wordt bedoeld op het aanpassings-wetje uit 1999.

34 Ter relativering: het is echter aannemelijk dat, zo kort na de inwerkingtreding van de richtlijn, het aantal zaken waarin de noodzaak tot overbrugging zich voordeed, gering was.

35 HR 19 september 1997, NJ 1998, 6 (*Assoud/SNS*) vervolgd in: Hof Amsterdam 7 mei 1998, AA 1998, p. 788.

36 Ktg. Delft 19 november 1998, Prg. 1999, 5190 (m.nt. M.L. Hendrikse); Ktg. Amsterdam 19 augustus 1999, Prg. 2000, 5531 (m.nt. M.L. Hendrikse).

37 M.L. Hendrikse, 'De contra proferentem-regel in het consumentenschadeverzekeringsrecht: een effectief maar vreemd genoeg weinig gebruikt proceswapen', Praktisch procederen 2000, nr. 2, p. 34-38; en 'De contra proferentem-regel', WPNR 6410 (2000), p. 521-522.

het transparantiebeginsel en de uitlegregel stond centraal in zijn noten³⁸ evenals bij annotatoren Mendel³⁹ en Hijma.⁴⁰ Hoe kan het voorbijgaan aan artikel 5 worden verklaard behalve door een zekere onbekendheid met de richtlijn?

Het voorbijgaan aan de richtlijn houdt ten eerste naar alle waarschijnlijkheid verband met de inschakelingsgevoeligheid van de uitlegregel. De toepassing van de *contra proferentem*-regel is afhankelijk van de beantwoording van de vraag of een beding onduidelijk is of niet.⁴¹ Het staat de rechter vrij om deze vraag naar eigen inzicht te beantwoorden. Deze inschakelingsgevoeligheid blijft, ook na de omzetting van artikel 5 van de richtlijn, voortbestaan (zie par. 2.3.2).

Mogelijk heeft dit voorbijgaan aan de uitleg *contra proferentem* ook met enig verzet tegen de wettelijke verankering van de uitlegwijze te maken. En op dit punt zou omzetting van artikel 5 van de richtlijn in het BW verschil kunnen uitmaken. In 1993 werd door Jongeneel al gepleit voor een uitbreiding van de reikwijdte van de *contra proferentem*-regel tot alle wederpartijen. Hij juichte toekomstige codificatie toe omdat volgens hem 'de Hoge Raad ten onrechte beperkingen heeft aangebracht aan de toepassing van deze regel'.⁴² Deze beperking lag besloten in de opvatting van de Hoge Raad dat de keuze voor de voor de niet-professionele partij gunstigste interpretatie in geval van twijfel over de betekenis van een beding slechts als *gezichtspunt* kon worden beschouwd.⁴³

Aan deze leer houdt de Hoge Raad na de inwerkingtreding van de richtlijn *stevig* vast en wordt in deze keuze ook gesteund door de literatuur.⁴⁴ In een (particuliere) verzekeringszaak waarin een onduidelijk beding centraal stond⁴⁵, stelt de Hoge Raad vrij duidelijk niet vooruit te willen lopen op de richtlijn. Het is zo dat artikel 5 van de richtlijn niet van toepassing is op overeenkomsten gesloten voor 1 januari 1995 en dat de rechtszekerheid zich soms verzet tegen het toekennen van terugwerkende kracht aan de richt-

38 Zie ook: Ktg. Zwolle 2 februari 1999, Prg. 1999, 5136 (m.nt. M.L. Hendrikse); Rb. Zwolle 9 juni 1999, Prg. 1999, 5331 (m.nt. M.L. Hendrikse); Ktg. Zuidbroek 14 oktober 1999, Prg. 2000, 5422 (m.nt. M.L. Hendrikse).

39 HR 12 januari 1996, NJ 1996, 683 (Kroymans/Sun Alliance).

40 HR 28 november 1997, NJ 1998, 705 (Visser/Avéro).

41 Zie bijv.: Rb. Amsterdam 15 maart 1995, VR 1997, 39 waarin de inschakeling mislukte, terwijl eiseres een rechtstreeks beroep deed op art. 5 van de richtlijn.

42 Jongeneel 1993, p. 123.

43 HR 28 april 1989, NJ 1990, 583 (Liszkay/Harman); HR 24 september 1993, NJ 1993, 760 (Brackel/Unat); HR 9 september 1994, NJ 1995, 285 (Trouwborst/Assuradeuren); HR 12 januari 1996, NJ 1996, 683 (Kroymans/Sun Alliance).

44 In tegenstelling tot Jongeneel: Tjittes 1994, p. 410.

45 HR 16 april 1999, NJ 1999, 666. Zie ook de conclusie vóór HR 16 april 1999, NJ 1999, 666, r.ov. 3.7.2 en 3.7.3.

lijnbepaling. De vasthoudendheid van de Hoge Raad, terwijl de door de richtlijn gedicteerde verandering van een gezichtspunt in een uitlegregel in een dergelijke consumentenzaak in het vooruitzicht ligt, valt echter op.

Bij de lagere rechter is minder duidelijk vast te stellen of de grenzen van de beschikbare interpretatieruimte scherp worden gesteld ter bescherming van de eigen speelruimte. Dit zou kunnen worden afgeleid uit de terughoudendheid waarmee de regel wordt ingeschakeld, maar enige onbekendheid met de door artikel 5 van de richtlijn geïnitieerde verandering lijkt het voorbijgaan aan de regel evengoed te kunnen verklaren.

Uitgaand van het feit dat de richtlijn niet tijdig is omgezet, zou men kunnen verwachten dat in het kader van de richtlijnconforme uitleg en het zoeken naar de in het Nederlandse BW aanwezige interpretatieruimte, aansluiting zou worden gezocht bij artikel 5 van de richtlijn. Niets is minder waar: referenties aan de richtlijn in de periode vóór de correcte omzetting in 1999 betreffen, en dat is opmerkelijk, niet één keer het gladstrijken van plooiën.⁴⁶ Referenties aan de richtlijn vonden echter vooral plaats daar waar de richtlijn (nog) niet van toepassing was, met als doel het onderstrepen van (de voorkeur voor) de oude leer.

Dit verwijzingsgedrag kan worden verklaard door de spanning tussen de beschikbare interpretatieruimte om de richtlijn te laten doorwerken (interne begrenzing) en de door de richtlijn in het vooruitzicht gestelde verkleining van de rechterlijke speelruimte in consumentenzaken. De hoogste rechter stelt de gevolgen van de invoering van deze uitlegregel in de consumentensfeer, daar waar de richtlijn nog niet van toepassing is, zoveel mogelijk uit. De vraag is of de omzetting tot veranderingen in deze opstelling heeft geleid.

2.3.2 *Blijvend verzet na de invoering van het wetje*

De Nederlandse wetgever zag de noodzaak van de invoering van artikel 6:238 lid 2 BW niet in.⁴⁷ In de Nederlandse visie zou het omzettingswetje geen verandering teweegbrengen (de plicht tot conforme uitleg bestond al vóór het arrest van het HvJ EG). Volgens vaste jurisprudentie was de uitleg contra proferentem echter niet meer of minder dan een gezichtspunt, dat niet altijd even gunstig uitpakte voor de consument. Hier wringt meteen al de schoen. Hoewel er in theorie na de omzetting dus niets had hoeven veranderen, zal er in de rechtspraktijk dus wel iets kunnen zijn veranderd ten behoeve van de consument. Verwacht zou kunnen worden dat de uitlegregel, nu deze is gecodificeerd in artikel 6:238 lid 2 BW, systematisch wordt toe-

⁴⁶ Zie nt. 34.

⁴⁷ Vergelijk Wissink 1995, p. 163-164, Schrage 2005, p. 57.

gepast en het aantal uitleggingen in het voordeel van de consument is genomen.⁴⁸

Is de houding van de rechter versoepeld nu de uitlegregel gecodificeerd is en moet hierbij een onderscheid worden gemaakt tussen de hoogste en de lagere rechter?

De Hoge Raad heeft tot op vandaag iedere zaak waarop de richtlijn nog niet van toepassing was, maar wel sprake was van een onduidelijk beding, aangegrepen om de voorkeur voor de consumentvriendelijke uitleg als *gezichtspunt* te benadrukken, ook in uitspraken ná de omzetting van artikel 5.⁴⁹ De vasthoudendheid van de hoogste rechter valt terug te voeren op de opvatting dat de uitleg van overeenkomsten een beoordeling betreft van overwegend feitelijke aard.⁵⁰ De feitelijke rechter moet in de visie van de Hoge Raad de ruimte krijgen om een bepaalde uitkomst van verschillende argumenten te laten afhangen. De hoogste rechter houdt ook na de invoering van artikel 6:238 lid 2 BW voorlopig (dat wil zeggen: zolang hem zaken worden voorgelegd met betrekking tot een beding waarop de richtlijn niet van toepassing is) vast aan de oude leer en probeert hiermee de eigen interpretatieruimte intact te houden. Een arrest uit 2005 over de uitleg van een beding dat wél onder de richtlijn viel, toont aan dat de Hoge Raad een meer objectieve uitleg van algemene voorwaarden mogelijk acht.⁵¹ Het arrest gaat echter volledig voorbij aan artikel 6:238 lid 2 BW, terwijl de objectieve uitleg meer ruimte lijkt te creëren voor de uitleg *contra proferentem*.⁵²

Rest dus de vraag of de feitenrechter de uitlegregel inmiddels heeft omarmd. Dit zou moeten blijken uit de manier waarop artikel 6:238 lid 2 BW door hem is ontvangen en uit zijn bereidheid om de uitlegregel toe te passen.

In na de omzetting behandelde zaken waarop de richtlijn noch artikel 6:238 lid 2 BW van toepassing zijn, lijkt de lagere rechter eenzelfde hang naar de

48 Vanzelfsprekend bleef ook na de inwerkingtreding van het implementatiewetje de gehou- denheid tot richtlijnconforme interpretatie bestaan: als gevolg van art. 249 par. 3 EG moet de rechter het nationale recht zoveel mogelijk in overeenstemming met de bewoordingen en het doel van de richtlijn interpreteren om het hiermee beoogde resultaat te bereiken.

49 HR 18 oktober 2002, NJ 2003, 258, waarover J.P. Heering, 'Contra proferentem: uitlegregel of gezichtspunt', WPNR 6518 (2003), p. 99-102, laat zien dat de Raad voet bij stuk houdt zelfs in de 'tastbare nabijheid van de richtlijn' (deze was echter niet van toepassing); Conclusie vóór HR 6 juni 2003, NJ 2004, 670 r.ov. 3.18; conclusie vóór HR 26 november 2004, LJN AQ7379, r.ov. 4.17.2 (aansporing tot het gebruik van de uitlegregel als omstandigheid); HR 14 oktober 2005, NJ 2006, 117 r.ov. 24.

50 D.J. Veegens, E. Korthals Altes & H.A. Groen, Asser-serie procesrecht – Cassatie in burgerlijke zaken, Deventer: Kluwer 2005, nr. 107 e.v.: de HR wil zich nog wel eens met de (standaard)uit- leg van overeenkomsten inlaten. Zie ook: HR 3 juni 2005, LJN AS7017.

51 HR 3 juni 2005, LJN AS7017.

52 T.H.M. van Wechem & M.H. Wissink, 'Actualia contractspraktijk: Leerstukken: Recente ontwik- kelingen bij koop en algemene voorwaarden', Contracteren 2005/3, p. 68.

Haviltex-formule te tonen als de Hoge Raad. In een verzekeringszaak voorgelegd aan het Hof Amsterdam uit 2004⁵³ waarin onenigheid bestond over de uitleg van een dekkingsbeding⁵⁴ nadat het dak van een kippenschuur was ingestort, speelt artikel 6:238 lid 2 een aan het Haviltex-maatstaaf ondergeschikte rol, een maatstaaf die in cassatie als de enige juiste werd beschouwd.⁵⁵ Omdat partijen er in deze zaak zelf van uitgingen dat zij de hoedanigheden bezaten die de toepassing van de *contra proferentem*-regel mogelijk maakt, heeft het hof artikel 6:238 lid 2, als gezichtspunt, toegepast. De nieuwe uitlegregel lijkt door deze rechter schoorvoetend te worden toegepast.

Het teruggrijpen op de Haviltex-formule is, wanneer de richtlijn *wel* van toepassing is op de overeenkomst, onjuist. Dit terugvallen op Haviltex doet zich in de lagere rechtspraak echter nog steeds voor.⁵⁶ In die gevallen waarop de richtlijn *wel* maar artikel 6:238 lid 2 BW niet van toepassing is, zou uitleg *contra proferentem* de regel moeten zijn en moeten worden losgekoppeld van het Haviltex-systeem. De gepubliceerde jurisprudentie biedt van een dergelijke loskoppeling helaas geen voorbeelden. Wel is in een dergelijk geval artikel 6:238 lid 2 BW met terugwerkende kracht toegepast (wat in theorie geen probleem vormt voor de rechtszekerheid).⁵⁷

Feitenrechters maken weinig gebruik van het nieuwe lid van artikel 6:238 BW.⁵⁸ De beperkte rol van de regel uit artikel 6:238 lid 2 in de jurisprudentie⁵⁹ is deels te wijten aan zijn eerder ter sprake gekomen inschakelingsgevoeligheid. In veel gevallen komt de rechter niet toe aan een uitleg *contra proferentem* omdat er volgens hem geen twijfel bestaat over de uitleg van

53 Hof Amsterdam 26 februari 2004, NJF 2004, 398.

54 Het verzekeringsbedrijf weigerde de schade te vergoeden omdat deze volgens haar niet was ontstaan 'als gevolg van het woonhuis binnengedrongen neerslag. Oorzaak was dat het dak onder de zware laag sneeuw, ijzel en regen is bezweken en dit geschiedde, aldus Delta Lloyd, voordat de neerslag het pand binnendrong'.

55 HR 14 oktober 2005, NJ 2006, 114 r.ov. 24.

56 Hof Leeuwarden 16 juni 2004, LJN AP1809, r.ov. 6. De richtlijn was van toepassing op de overeenkomst en toch werd de uitleg *contra proferentem* ondergebracht in het Haviltex-systeem. In gelijke zin: Rb. Breda 13 april 2005, LJN AT4189, r.ov. 3.4.

57 Ktr. Lelystad 18 april 2001, Prg. 2001, 5685.

58 Het artikel wordt overigens helemaal niet toegepast op transacties tussen professionele partijen waarmee de lagere rechter lijkt aan te geven de grenzen van de ten behoeve van de consument ontstane uitlegregel scherp te willen stellen Zie bijv.: Hof Arnhem 2 augustus 2005, LJN AU0526. Kritiek op deze strikte scheiding is er van Vriesendorp-van Seumeren 2002, p. 108-109.

59 Op <www.rechtspraak.nl> levert het intypen van '6:238 lid 2' op 19 juni 2006 slechts elf resultaten op, waarvan slechts één resultaat een toepassing van de uitlegregel uit art. 6:238 lid 2 BW in conformiteit met de richtlijn, waar deze van toepassing is, bevat: Rb. Amsterdam 3 juli 2002, LJN AE4987 (de overige uitspraken zijn voor zover relevant elders in dit deel besproken). De praktijkgids bevat slechts één voorbeeld van een dergelijke toepassing: Ktr. Lelystad 18 april 2001, Prg. 2001, 5685 (strikt genomen was het artikel niet van toepassing op de rechtsverhouding tussen partijen).

het beding.⁶⁰ Niettemin lijkt het oordeel van de rechter in recente zaken minder vaak discutabel dan een aantal jaren geleden. Kort na de omzetting leek in die gevallen waarop het nieuwe lid van artikel 6:238 BW nog niet van toepassing was, de 'onduidelijkheidsdrempel' vrij hoog te liggen. Het ontbreken van een definitie van een vaag begrip in een overeenkomst maakte een beding volgens de rechter vaak nog niet meteen onduidelijk.⁶¹ Wanneer we deze ontwikkeling positief benaderen, zou kunnen worden gesteld dat de sporadische toepassing van de uitlegregel eerder voortvloeit uit een afname van onduidelijke bedingen in overeenkomsten (wat het doel is van de richtlijn), dan uit de inschakelingsgevoeligheid van de uitlegregel.

Sinds de invoering van het wetje is er in het kader van de interpretatie van het Nederlandse recht in conformiteit met artikel 5 slechts tweemaal door de rechter naar de richtlijn verwezen. De eerste verwijzing betrof een schending van het transparantiebeginsel die niet tot een uitleg *contra proferentem* leidde maar tot het buiten toepassing laten van niet-begrijpelijke bedingen op grond van artikel 6:248 lid 2 BW.⁶² De tweede verwijzing is de enige mij bekende verwijzing in het kader van de (sporadische) toepassing van artikel 6:238 lid 2 BW.

De enige (gepubliceerde) uitspraak waarin naar de Richtlijn oneerlijke bedingen wordt verwezen in het kader van een (zorgvuldige) richtlijnconforme toepassing van artikel 6:238 lid 2 BW, is een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam⁶³ uit 2002. In deze zaak betreffende een uitkering op grond van een arbeidsongeschiktheidsverzekering, is een voor verschillende beteke-

60 Hof Leeuwarden 20 augustus 2003, LJN AI258; Rb. Arnhem 9 juni 2004, LJN AP3874; Conclusie vóór HR 6 juni 2003, NJ 2004, 670 r.ov. 3.19.2; Rb. Arnhem 26 oktober 2005, LJN AU9179.

61 Ktr. Assen 15 januari 2001, Prg. 2001, 5667 ('personenauto'); Ktr. Rotterdam 4 december 2001, Prg. 2002, 5807 (m.nt. M.L. Hendrikse) ('wederrechtelijk'). Zie ook: Vriesendorp-van Seumeren 2002, p. 115.

62 Rb. Roermond 25 januari 2001, LJN AA9651. De Rechtbank Roermond verwees naar het transparantiebeginsel uit artikel 5 in een zaak waarin eiseres een tweetal mailingen had ontvangen waarin de indruk werd gewekt dat zij een geldprijs en een auto had gewonnen en deze prijzen ook daadwerkelijk opeiste. Het geschil betrof de vraag of eiseres er redelijkerwijze vanuit mocht gaan dat er sprake was een 'commerciële overeenkomst waarbij tegenover de verbintenis van de één die van de ander staat'. Wat de geldprijs aanging was dat het geval omdat niet met zoveel woorden bekend was gemaakt dat het om een kansspel ging. De tegenpartij beriep zich op de deelnemings- en leveringsvoorwaarden (dat wil zeggen: de algemene voorwaarden). Echter, volgens de rechtbank waren deze, in strijd met het transparantiebeginsel van artikel 5 van de richtlijn, 'niet duidelijk en begrijpelijk'. Deze schending van het transparantiebeginsel leidde ertoe dat het beroep van verweerders op deze voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar werd geacht. Dat de uitlegregel hier niet is toegepast, is te verklaren vanuit het feit dat het om (relatief) niet-begrijpelijke bedingen ging. Aan de uitleg van deze bedingen hoeft men dan niet toe te komen. Art. 6:238 lid 2 BW speelt in de praktijk geen rol bij schending van het transparantiebeginsel door het opnemen van relatief niet-begrijpelijke bedingen.

63 Rb. Amsterdam 3 juli 2002, LJN AE4987.

nissen vatbaar beding over de omvang van een extra eerstejaarsrente, in het voordeel van de consument uitgelegd. De verwijzing naar de richtlijn benadrukt de conforme uitleg van artikel 6:238 lid 2 BW.

4.4 De rechtbank is echter van oordeel dat bedingen die de omvang van een verzekeringsdekking bepalen en die verschillende betekenissen kunnen hebben, niet 'duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd' en dus wel als algemene voorwaarden in de zin van afdeling 6.5.3 BW moeten gelden. Dit heeft tot gevolg dat hierop de in artikel 6:238 lid 2 BW gegeven uitlegregel van toepassing is (...).

4.5 Deze uitleg is in overeenstemming met de Europese richtlijn 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen (Richtlijn van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, PbEG L 95 1993, p. 29).

2.3.3 *Beperking van de speelruimte?*

Het lijkt erop dat ook de feitenrechter artikel 5 van de richtlijn heeft opgevat als een beperking van zijn vrijheid bij het uitleggen van contracten. Klopt deze opvatting echter wel? Het is zo dat bij het vaststellen van de betekenis van een beding de *contra proferentem*-regel ook na omzetting *geen absolute* regel is. De rechter behoudt enige speelruimte en benut die resterende ruimte wel degelijk. Slechts *redelijke* lezingen van de consument-verzekerden moeten prevaleren. Deze eis is niet neergelegd in de richtlijn, maar wordt ontleend aan de normen van redelijkheid en billijkheid waaraan de contractsverhouding moet voldoen.⁶⁴

Er mag door de rechter dus nog steeds acht worden geslagen op omstandigheden van het geval. Het is de rechter echter, nu het *contra proferentem*-gezichtspunt heeft plaatsgemaakt voor de *contra proferentem*-regel, niet meer toegestaan om de uitlegregel al dan niet in te schakelen *op grond van* deze omstandigheden. Alle omstandigheden naar eigen inzicht laten meewegen en dan besluiten om over te gaan tot uitleg *contra proferentem* of niet, is in strijd met de richtlijn. Bij overeenkomsten die tot stand zijn gekomen na 1 januari 1995 geldt de uitleg van een onduidelijk beding in het voordeel van de consument als uitgangspunt, tenzij zwaarwegende omstandigheden zich hiertegen verzetten. Hierbij moet worden gedacht aan opzet of (al twijfelachtig) een ernstige mate van schuld.⁶⁵ Van een versmalling van

64 Ktg. Zwolle 2 februari 1999, Prg. 1999, 5136 (m.nt. M.L. Hendrikse). In gelijke zin: Rb. Breda 13 april 2005, LJN AT4189.

65 Ktg. Amsterdam 19 augustus 1999, Prg. 2000, 5531 (m.nt. M.L. Hendrikse). In deze zaak verzetten zich een ernstige mate van schuld aan de kant van de consument tegen een voor hem gunstige lezing van een 'normale voorzichtigheidsclausule'. De 'schuld' van de consument moet naar mijn mening sterk neigen naar opzet om aan uitleg *contra proferentem* in de weg te staan.

de rechterlijke speelruimte is wel degelijk sprake. De omstandigheden van het geval spelen slechts een ondergeschikte rol, maar een rol die de rechter nog graag onderstreept:

5.8 Daarbij is van belang dat bij de uitleg van een door de professionele verzekeraar geredigeerd beding *in beginsel* wordt gekozen voor de minst bezwarende uitleg voor de niet-professionele verzekerde, nu de verzekeraar dit beding heeft gemaakt en deze onduidelijkheid in het leven heeft geroepen. *Dit ligt slechts anders indien de omstandigheden van het geval deze keuze niet rechtvaardigen.*⁶⁶

2.4 Conclusie

Duidelijk is dat er nog steeds sprake is van een zekere spanning nu de omzetting is uitgevoerd, zowel bij de lagere als bij de hogere rechter. De uitlegregel blijft een ondergeschikte rol spelen. De beperkte rol van de uitlegregel na de omzetting kan in elk geval niet worden veroorzaakt door de door het nationale recht geboden mogelijkheid tot toepassing van de *contra proferentem*-regel. Het blijft natuurlijk enigszins gissen maar deze beperkte betekenis kan resulteren uit een afname van onduidelijke bedingen maar ook uit onbekendheid met uitleg*regels* en in dit kader uit een zeker verzet tegen het indringende karakter van de uitleg *contra proferentem*. Bezien de gehechtheid aan de oude leer van zowel de Hoge Raad als van sommige feitenrechters⁶⁷ is deze laatste verklaring toch de meest waarschijnlijke.

Waar de naar verhouding breder toepasbare uitlegregel lauw werd onthaald, geldt dit niet voor de door het HvJ EG uit de richtlijn afgeleide bevoegdheid tot ambtshalve toetsing. In de volgende paragraaf wordt de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing net als de uitlegregel voorafgaand aan zijn omzetting in het BW belicht vanuit de problematiek van de voor de uitoefening van deze bevoegdheid beschikbare ruimte in het nationale recht. In het laatste deel staat de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing centraal als één van de factoren die van invloed zijn geweest op het passeren van de externe grens aan de uitlegplicht: het verbod op rechtstreekse werking.

⁶⁶ Rb. Rotterdam 1 juni 2005, NJF 2005, 343, r.ov. 5.8.

⁶⁷ Hof Amsterdam 26 februari 2004, NJF 2004, 398, Hof Leeuwarden 16 juni 2004, LJN AP1809, Rb. Breda 13 april 2005, LJN AT4189.

3 De praktische invulling van de bevoegdheid tot ambtshalve toepassing van de inhoudstoets

3.1 Reikwijdte van de bevoegdheid

3.1.1 Twee vragen

Het *Océano*-arrest betrof de eerste prejudiciële beslissing over een oneerlijk beding. Het HvJ EG overwoog in dit arrest dat '(...) een doeltreffende bescherming van de consument enkel (kan worden) bereikt, indien aan de nationale rechter de bevoegdheid wordt toegekend een dergelijk beding ambtshalve te toetsen'.⁶⁸ Deze overweging volgde op de constatering dat relatief hoge proceskosten en onwetendheid ten aanzien van zijn rechten, de consument in een benadeelde positie zou plaatsen als hij zich daardoor niet kan verweeren tegen de toepassing van een oneerlijk beding door een beroep te doen op het oneerlijke karakter ervan.

29. Uit een en ander volgt dat de bescherming die de richtlijn de consumenten biedt, vereist dat de nationale rechter bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van een bij de nationale gerechten ingediende vordering ambtshalve kan toetsen, of een beding in de hem voorgelegde overeenkomst oneerlijk is.

Naar aanleiding van het arrest hebben twee vragen de privaatrechtelijke gemoederen beziggehouden: hoe dwingend is de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing bedoeld en is deze bevoegdheid beperkt tot bedingen die de toegang tot de rechter belemmeren of beperken?

3.1.2 Een dwingende bevoegdheid?

Er vindt veel discussie plaats over de vraag of ambtshalve toetsing, als waarborg voor richtlijnconformiteit, een dwingend karakter draagt. Deze vraag betreft een bijzondere nadere invulling van de uitlegplicht door de communautaire rechter. De verklaring voor recht uit het *Océano*-arrest kan hoe dan ook worden geïnterpreteerd als de gehoudenheid van de rechter om een actievere houding aan te nemen als het gaat om de bestrijding van oneerlijke bedingen.

De opvattingen over de gevolgen van het *Océano*-arrest voor de rechterlijke speelruimte verschillen volgens Loos al naar gelang de meer consumentenrechtelijke of Europeesrechtelijke oriëntatie van de bij de discussie betrok-

68 HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98, *Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero*, NJ 2000, 730. r.ov. 26.

ken schrijvers.⁶⁹ Het vooropstellen van de consumentenrechtelijke dimensie van dit arrest, dat de nadruk legt op de doeltreffendheid van de richtlijn, leidt ertoe dat ambtshalve toetsing als een verplichting moet worden beschouwd en dat deze verplichting voor alle gevalstypen geldt.⁷⁰ De lijdelijkheid van de rechter wordt ondergeschikt gemaakt aan de bescherming van de zwakke consument. De Europeesrechtelijke georiënteerde deelnemers aan het debat betwijfelen deze conclusie en achten een verplichting tot ambtshalve toetsing minder voor de hand liggend.⁷¹

Een dergelijke *scherpe* tegenstelling heb ik in de literatuur niet kunnen bespeuren. Over de mogelijke verplichtende aard van de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing, die vergaande gevolgen zou hebben voor de positie van de rechter, zijn de meningen rijk geschakeerd.

Onder de voorstanders van een strikte lezing van rechtsoverweging 29, die aan de bevoegdheid een sterk *vrijblijvend* karakter toedichten, vindt men Hartkamp en Hijma.⁷² De rechter zou alleen ambtshalve moeten *kunnen* toetsen en daartoe over de juridische mogelijkheid moeten beschikken. Zij die tot de conclusie komen dat de rechter *in ieder geval* bevoegd is ambtshalve te toetsen of van een *ruime* bevoegdheid spreken, lijken de vraag naar het dwingende karakter van de bevoegdheid vooralsnog open te willen laten.⁷³ Er is daarentegen wel eens geopperd dat door de beperkte vraagstelling van de Spaanse rechter het HvJ EG geen ruimte heeft gezien om het beoogde verplichtende karakter van de bevoegdheid te onderstrepen.⁷⁴ Onder hen die de bevoegdheid als (enigszins) *dwingend* beschouwen, staat de stelligheid van Loos⁷⁵ tegenover de meer voorzichtige houding van Wissink die concludeert dat de bevoegdheid 'kennelijk niet vrijblijvend (is) bedoeld'.⁷⁶

69 M.B.M. Loos, 'Oneerlijke bedingen en wettelijke vervalttermijnen: ruime uitleg van Océano bevestigd', NTER 2003, p. 73.

70 Loos 2003, p. 71-74.

71 S. Prechal, 'Ambtshalve toetsen van oneerlijke bedingen door middel van conforme uitleg', NTER 2001, p. 106-107.

72 A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht, deel II, Algemene leer der overeenkomsten, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink 2005, nr. 355; en Hijma 2003, nr. 44a. Zij spreken slechts van een 'bevoegdheid'. Al lijkt Hartkamp inmiddels van een 'verplichting' te spreken: conclusie vóór HR 7 april 2006, LJN AV5228.

73 J.G.J. Rinkes, 'Kroniek Europees Consumentenrecht 2000-2002', TvC 2003, p. 107-109; en H.N. Schelhaas, Het boetebeding in het Europese Contractenrecht (diss. Utrecht), Deventer Kluwer 2004, p. 306.

74 C.E. Drion, 'Kroniek van het vermogensrecht', NJB 2001/10, p. 427.

75 M.B.M. Loos, Algemene voorwaarden. Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2001, nr. 110 en 111; dezelfde 2003, p. 71-74 en nog recenter Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht (oratie UvA). Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 11.

76 Wissink 2001, nr. 467.

De visie van Loos weerklinkt in de conclusie van advocaat-generaal Wattel vóór een recent arrest:⁷⁷

7.4 (...) hoe de zeer enge opvatting van de Afdeling Rechtspraak geheel in overeenstemming valt te brengen met de genoemde Van Schijndel-rechtspraak en met arresten van het HvJ EG, zoals die in de zaken C-240 t/m 244/98, Océano Grupo Editorial, en C-473/00, Cofidis (de nationale rechter *is verplicht* consumentenovereenkomsten van ambtswege te toetsen aan de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten),(...)

Uit de tussen haakjes geplaatste korte weergave van wat volgens advocaat-generaal Wattel de essentie is van beide arresten, kan worden opgemaakt dat deze advocaat-generaal de ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen als een regelrechte verplichting ziet. In de eerder genoemde opvatting van Hartkamp lijkt zich een zekere verschuiving te hebben voorgedaan. Advocaat-generaal Hartkamp schreef in een recente conclusie ook over een Europese 'verplichting' maar liet, omdat de zaak geen consumententransactie betrof, in het midden hoe ver die 'verplichting' tot ambtshalve toetsing reikt.⁷⁸

Beziet men de beschermingsverplichting waar de bevoegdheid op stoelt, dan ligt gebruikmaking ervan, daar waar dat nodig is, voor de hand.⁷⁹ Anders gesteld impliceert de gehoudenheid tot richtlijnconforme uitleg van nationaal recht in conformiteit met artikelen 6 en 7 van de richtlijn⁸⁰ dat de rechter verplicht is, zo nodig, van die bevoegdheid gebruik te maken.⁸¹

De vraag of gebruikmaking van de bevoegdheid nodig is, moet door de rechter vanuit bovengenoemde beschermingsgedachte en gelet op de omvang van het geschil, worden beantwoord aan de hand van een feitelijke afweging.⁸² De *Océano*-uitspraak biedt twee gezichtspunten: de onwetende consument en de consument die vanwege de kosten ervan afziet zijn rechten geldend te maken.⁸³ Niet uitgesloten is dat er andere situaties denkbaar zijn waarin de rechter de noodzaak van ambtshalve toetsing zou kunnen inzien.

⁷⁷ Conclusie vóór HR 30 september 2005, LJN AR7735.

⁷⁸ Conclusie vóór HR 7 april 2006, LJN AV5228.

⁷⁹ B. Wessels & M.H. Wissink, hoofdstuk I, in de binnenkort te verschijnen vierde druk van B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M. L. Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2006.

⁸⁰ De bevoegdheid tot ambtshalve toetsing werd door het HvJ EG uit deze artikelen afgeleid.

⁸¹ Hof Den Haag 22 november 2000, BR 2001, p. 602 (m.nt. M.A.M.C. van den Berg).

⁸² Dit vormt een zeer lastige exercitie. Ten eerste kunnen beschermingsgedachte en de inachtneming van de grenzen van het partijdebat tegenstrijdige overwegingen vormen. In een dergelijk geval zal de omvang van het geschil de doorslag moeten geven. Ten tweede is de rechter in grote mate afhankelijk van de door de partijen aangedragen feiten.

⁸³ Zie r. ov. 34.

Het *Cofidis*-arrest, dat volgde op een prejudiciële vraag van de Franse rechter,⁸⁴ bracht geen antwoord op de vraag of nationale rechters verplicht zijn om ambtshalve te toetsen. Het HvJ EG concludeerde in dit arrest dat de richtlijn zich verzet tegen een wettelijke vervaltermijn dat de rechter verbiedt om na het verstrijken van die termijn oneerlijke bedingen ambtshalve of op verzoek van de consument nietig te verklaren. Een procesrechtelijke belemmering om een beding ambtshalve of op verzoek te toetsen, maakt een beroep op de bescherming die de richtlijn biedt aan de consument uiterst moeilijk.⁸⁵ In dit arrest is echter geen sprake van het wegnemen van alle wettelijke vervaltermijnen, maar van het beoordelen van vervaltermijnen naar hun aard in combinatie met de desbetreffende gerechtelijke procedure.

Het HvJ EG kwam aan de vraag betreffende het dwingende karakter van de bevoegdheid niet toe, omdat de nationale rechter in dat geval de financiële bedingen al ambtshalve *had* getoetst en deze als oneerlijk *had* gekwalificeerd. Uit het arrest van het HvJ EG blijkt echter dat de rechter dan correct zou hebben gehandeld omdat de richtlijn zich anders tegen het in acht nemen van de vervaltermijn zou hebben verzet.

Volgens Loos moet het *Cofidis*-arrest wel degelijk als een bevestiging van de verplichting tot ambtshalve toetsing worden gelezen.⁸⁶ Dit geldt volgens hem ook voor de uitspraak van het HvJ EG in de inbreukprocedure tegen Italië⁸⁷, waarin onder verwijzing naar het *Océano*-arrest werd bepaald dat het *enige* middel om de ongelijkheid tussen consument en verkoper op te heffen een positief ingrijpen van de rechter is. Het standpunt van Loos is in de literatuur wederom genuanceerd door onder meer Rinkes die de verplichting 'terugbrengt' tot een ruime bevoegdheid.⁸⁸

Dat ambtshalve toetsing een noodzakelijke voorwaarde vormt om de doelstellingen van de richtlijn te bereiken, staat in elk geval buiten kijf. Vervaltermijnen zoals aan de orde in de *Cofidis*-uitspraak lijken de mogelijkheid tot ambtshalve toetsing niet te mogen belemmeren.

3.1.3 *Beperkingen ten aanzien van het type beding?*

Waar de standpunten bij de discussie over het verplichtende karakter van de bevoegdheid gradueel verschillen, heeft de vraag naar de 'inclusieve' of 'exclusieve' aard van de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing tot tweespalt geleid. Tegenstanders van een inclusieve benadering stellen dat het arrest slechts een uitwerking vormt van het beginsel van richtlijnconforme uitleg

84 HvJ EG 21 november 2002, zaak C-473/00, *Cofidis/Fredout*, Jur. 2002, p. I-10875.

85 HvJ EG 21 november 2002, zaak C-473/00, *Cofidis/Fredout*, Jur. 2002, p. I-10875, r.ov. 34-36.

86 Loos 2003, p. 71-74.

87 HvJ EG 24 januari 2002, C-372/99, *Commissie/Italië*, Jur. 2002, p. I-819.

88 Rinkes 2003, p. 107-109.

in geval van forumkeuzebedingen en overige bedingen die de toegang tot de rechter regelen (zoals arbitrale bedingen).⁸⁹

De vraag van de verwijzende rechter en het uiteindelijke dictum van het HvJ EG in de *Océano*-uitspraak houden vast aan dit type bedingen. Dit argument betreft een parallel met de *Common law*, waarin de precedentwaarde van een uitspraak beperkt blijft tot de feiten van het geval.⁹⁰ Aan de andere kant zijn de bewoordingen uit de verklaring voor recht en bijbehorende overwegingen betreffende de effectieve naleving van artikel 6 van de richtlijn erg algemeen. De gedachte dat de consument moet worden beschermd, vindt zijn oorsprong niet alleen in het waarborgen van zijn toegang tot de rechter, maar ook in het buiten werking stellen van alle typen oneerlijke bedingen, conform de doelstelling van de richtlijn.⁹¹

Het *Cofidis*-arrest bracht geen antwoord op de vraag hoe dwingend de bevoegdheid bedoeld was, maar maakte wel een einde aan de discussie over de typen bedingen die het HvJ EG voor ogen had gehad in het *Océano*-arrest. Er bestaat inmiddels overeenstemming over het uitgangspunt dat *alle* oneerlijke bedingen zich in beginsel voor ambtshalve toetsing lenen.⁹² Een stap in de richting van deze inclusieve benadering van de (dwingende) bevoegdheid tot ambtshalve toetsing was al gezet naar aanleiding van de uitspraak van het HvJ EG in de bovengenoemde inbreukprocedure tegen Italië. In zijn beslissing benadrukt het HvJ EG opnieuw de noodzaak van een positief ingrijpen van de rechter buiten de partijen bij de overeenkomst om, zonder te verwijzen naar een type beding in het bijzonder.⁹³

3.2 De mogelijkheid om bedingen ambtshalve te ‘vernietigen’

Ambtshalve toetsing vereist dat het Nederlandse recht conform artikelen 6 en 7 van de richtlijn wordt uitgelegd. De vraag naar de in het Nederlandse recht beschikbare ruimte tot ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen,

89 Asser-Hartkamp 4-II 2001, nr. 355; Hijma 2003, nr. 44a; Wissink 2001, nr. 467; Prechal, NTER 2001, p. 106 zijn zeer voorzichtig ten aanzien van deze uitbreiding tot andere typen bedingen.

90 E.H. Hondius, ‘Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden: het Europees Hof van Justitie spreekt zich uit’, WPNR 6431 (2000), p. 652.

91 Loos 2003, p. 71-74; dezelfde 2001, nr. 110 en 111; Hartkamp & Stolp, 2003, p. 369-370. Hartkamp maakt hier een zekere ommekeer behalve voor wat betreft de uitbreiding van de bevoegdheid naar alle oneerlijke bedingen. Dit wordt bevestigd in A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht, deel II, Algemene leer der overeenkomsten, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2005, nr. 355.

92 Asser-Hartkamp 4-II 2005, nr. 355. Hartkamp blijft echter voorzichtig ten aanzien van de verplichting tot ambtshalve toetsing.

93 HvJ EG 24 januari 2002, C-372/99, Commissie/Italië, Jur. 2002, p. I-819, r.ov. 14 en 15. Zie ook M.B.M. Loos & H.W. Wiersma, ‘Ambtshalve toetsing van forumkeuzebedingen in algemene voorwaarden: het nieuwe procesrecht getoetst aan recente rechtspraak van het Hof van Justitie’, WPNR 6486 (2002), p. 330; Schelhaas 2004, p. 306.

dient zich hierbij aan. Het gaat, net als aanvankelijk bij de *contra proferentem*-regel, om de mogelijkheid tot richtlijnconforme interpretatie van bestaande nationale regels. Op dit moment is immers geen wetswijziging gepland. Waar het bij bovenstaande uitlegregel om uitleg in overeenstemming met artikel 4 lid 2 ging, draait het bij de mogelijkheid tot ambtshalve toetsing om uitleg in het licht van de interpretatie door het HvJ EG van artikelen 6 lid 1 en 7 lid 1 richtlijn.

Er bestaat onenigheid over de mogelijkheid die de rechter heeft om op grond van het huidige nationale recht onredelijk bezwarende bedingen ambtshalve te toetsen. De bestaande regels zijn herhaaldelijk beoordeeld op hun geschiktheid om aan de vergaande implicaties van het *Océano*-arrest te voldoen. De vraag naar de noodzaak van een wetswijziging heeft genoeg stof doen opwaaien.⁹⁴ De vernietigbaarheidssanctie uit afdeling 6.5.3. BW gaat slecht samen met de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing. Voor vernietiging is immers een vordering of een buitengerechtelijke verklaring vereist (art. 3:49 jo. 51 BW).⁹⁵ In de literatuur riep een enkeling om de invoering van de nietigheidssanctie en aanpassing van artikel 6:233 a BW voor wat betreft consumententransacties,⁹⁶ maar de meerderheid en in de eerste plaats de wetgever, leek er in minder⁹⁷ of meerdere mate van overtuigd dat terugvallen op artikel 3:40 lid 2, dat ambtshalve vernietiging toelaat⁹⁸, en 6:248 lid 2 zou voldoen.⁹⁹ Die overtuiging geldt temeer nu de discussie over de verhouding tussen artikel 6:233 onder a BW en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid door arrest van de Hoge Raad is gesloten en alternatieve tot regel is verheven, de keuze overlatend aan de rechter.¹⁰⁰ Toch heeft ambtshalve toetsing, zo blijkt uit de conclusie van advocaat-generaal Langemeijer vóór het *Bramer/Hofman Beheer*-arrest, aan artikel 6:248 lid 2 BW weinig om het lijf wanneer de wederpartij van de gebruiker daartoe geen geschikte feiten of omstandigheden aanvoert.¹⁰¹

94 Hijma 2003, nr. 44a; M.W. Hesselink, 'Naar een coherenter Europees contractenrecht? Het Actieplan van de Europese Commissie', NJB 2003, p. 2089.

95 H.J. Snijders, 'Remedies tegen algemene voorwaarden', in: T. Hartlief e.a. (red.), *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 19.

96 Hesselink 2003, p. 2089.

97 S.A.M. de Loos-Wijker verwijst in: *Vermogensrecht, Titel 2. Rechtshandelingen*, aant. 23, naar HvJ EG 10 mei 2001, waaruit duidelijk blijkt dat omzetting van een richtlijn door middel van richtlijnconforme interpretatie slechts binnen uiterst beperkte grenzen wordt aanvaard.

98 De ongeschiktheid van art. 6:233 onder a BW kan worden genuanceerd wanneer men in acht neemt dat art. 3:40 lid 2 BW ambtshalve vernietiging toelaat: MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 191-192; Wissink 2001, nr. 467; Asser-Hartkamp 4-II 1997, nr. 250.

99 N. Frenk, 'Ambtshalve toetsing van dwingend Europees consumentenrecht: gevolgen van het Europees Hof van Justitie van 27 juni 2000 voor het Burgerlijk Wetboek', WPNR 6431 (2001), p. 74-75; Asser-Hartkamp 4-II 2005, nr. 250; Hijma 2003, nr. 44a; Snijders 2003, p. 19-20.

100 HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112 (*Bramer/Hofman Beheer*).

101 Conclusie vóór HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112, (*Bramer/Hofman Beheer*), r.ov. 2.15.

3.3 De omgang van de rechter met de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing

Omdat de literatuur er niet op alle punten uitkomt en een aanpassing van de wet niet op stapel lijkt, rest de jurisprudentie. Hieruit moet blijken hoe de rechter zelf met deze bevoegdheid omgaat. Ervaart hij haar als dwingend of niet en acht hij haar van toepassing op alle bedingen of slechts op bedingen die de toegang tot de rechter belemmeren? En van welke instrumenten bedient hij zich?

3.3.1 *Ambtshalve toetsing in het pre-Océano-tijdperk*

Voorafgaand aan de *Océano*-uitspraak werd ambtshalve toetsing uitgesloten op grond van de nog steeds geldende opvatting dat ambtshalve vernietigen niet mogelijk is (zie par. 3.2). De Utrechtse kantonrechter bleek bijvoorbeeld in een uitspraak van 1994 niet bereid om tot ambtshalve toetsing over te gaan. Hij stelde strenge eisen aan de formulering van de juridische grondslag van de vordering.¹⁰²

6. Eiseres stelt dat het exonerationebeding onevenredig bezwarend is. Zij heeft echter niet de vernietiging van het beding op deze grond gevorderd (art. 6:233 BW). Evenmin stelt eiseres dat van vernietiging buiten rechte sprake is geweest. Over de vraag of het onderhavige beding moet worden vernietigd, kan en behoeft dan ook niet te worden getwist.

In het licht van de richtlijn en de *Océano*-uitspraak (die weliswaar niet van toepassing zijn op deze uitspraak) zou de stelling van eiseres dat 'het exonerationebeding onevenredig bezwarend is', moeten worden geïnterpreteerd als een beroep op artikel 6:233 onder a BW. De rechter sluit echter de ambtshalve aanvulling van deze rechtsgrond uit. In deze zaak werd eiseres niettemin beschermd door de uitoefeningstoets, waarop volgens de rechtbank wel een beroep was gedaan. Eiseres had subsidiair aangevoerd dat 'het beding in strijd met de goede trouw is' en deze stelling werd wél geïnterpreteerd als een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en de billijkheid. Een dergelijke strenge opstelling geeft aan dat ambtshalve toepassing van artikel 6:233 onder a BW niet mogelijk werd beschouwd. Vereist bleef een beroep op de nietigheid van een beding.¹⁰³ Deze opvatting werd gedeeld door het Nederlands Arbitrage Instituut in een arbitraal vonnis op 9 februari 1999.¹⁰⁴ Hierin achtte de arbiter zich niet bevoegd tot ambtshalve toepas-

¹⁰² Ktg. Utrecht 1 maart 1994, WR 1994, 39.

¹⁰³ Zie ook: Hof Den Haag 22 november 2000, BR 2001, p. 602 (m.nt. M.A.M.C. van den Berg).

¹⁰⁴ Nederlands Arbitrage Instituut 9 februari 1999, nr. 2062, BR 1999, p. 1043.

sing van de vernietigingsgrond uit artikel 6:233 onder a BW. Uiteindelijk ging de arbiter, na eerst gemotiveerd te hebben gewezen op het ontbreken van samenloop (!), toch nog over tot behandeling van het beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid. In beide gevallen werd uiteindelijk de uitoefeningstoets gebruikt, die samen met artikel 3:40 lid 2 BW in het post-*Océano*-tijdperk ambtshalve toetsing mogelijk moeten maken zonder afbreuk te doen aan de ‘gangbare opvatting over vernietigbaarheden’¹⁰⁵.

Waar ambtshalve toepassing van de open norm werd uitgesloten, kwam het ambtshalve buiten toepassing laten van een beding omdat het op de zwarte lijst staat al voor in het pre-*Océano*-tijdperk. In een geschil voorgelegd aan de kantonrechter in Groenlo hadden eisers een jachtvakantie geboekt bij gedaagde en werd er vervangende schadevergoeding gevorderd wegens gederfde vakantievreugde.¹⁰⁶ Gedaagde beriep zich onder meer op het vervalbeding (‘reclames moeten binnen een week na afloop van het arrangement worden ingediend’) uit de algemene voorwaarden. De kantonrechter oordeelde, ten onrechte,¹⁰⁷ dat het om een beding ging dat ‘valt onder de werking van artikel 6:236 onder g BW en daarom als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt, zodat het beding vernietigbaar is’. Hij ging voorbij aan het beroep op het vervalbeding en liet het beding buiten beschouwing. Hij ging echter niet zover dat het beding ook daadwerkelijk werd vernietigd. De omstandigheid dat het hier om een ‘zwart’ beding zou gaan, leidde er volgens de kantonrechter toe dat – ook al werd er geen beroep gedaan op de zwarte lijst – het beding toch zijn werking werd ontnomen.

Annotator Van der Heiden onderstreept dat het niet uitmaakt of het beding volgens de rechter terugkomt in de zwarte of grijze lijst, omdat ambtshalve vernietiging onmogelijk is zolang door eisers niet wordt gevorderd dat het beding vernietigbaar is en moet worden vernietigd. In deze zaak is kennelijk een beroep op de zwarte lijst niet nodig geweest om een beding ambtshalve buiten toepassing te plaatsen. De rechter heeft hiertoe besloten op grond van de enkele *omstandigheid* dat het om een *zwart* beding gaat. Van der Heiden benadrukt bovendien dat de rechter op grond van artikel 6:248 jo. 6:233 sub a BW het vervalbeding onredelijk bezwarend had kunnen achten. Deze uitweg is echter onjuist geformuleerd. De juiste juridische grondslag betreft de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (of art. 3:40 lid 2 BW). De door de annotator gestelde onmogelijkheid van ambtshalve

¹⁰⁵ Loos 2001, nr. 109.

¹⁰⁶ Ktg. Groenlo 25 mei 1998, Prg. 1998, 4892 (m.nt. A.J.J. van der Heiden).

¹⁰⁷ Annotator Van der Heiden merkt op dat dit artikel niet ziet op contractuele bedingen, volgens hem is art. 6:237 onder h BW in deze zaak van toepassing. De keuze van de rechter voor een foutieve grondslag doet echter niets af aan zijn voor dit artikel van belang zijnde actieve opstelling ten aanzien van het verweer van gedaagde Crone.

toetsing geldt juridisch-technisch overigens net zo goed voor de lijsten als voor de open norm uit artikel 6:233 onder a BW.

In een zaak voorgelegd aan de Amsterdamse kantonrechter¹⁰⁸ vordert mevrouw Serrao ontbinding van een overeenkomst tot relatiebemiddeling en restitutie van het betaalde inschrijfgeld. De tegenpartij, *Together Nederland*, wees echter op een beding in de algemene voorwaarden dat teruggave van dit inschrijfgeld niet toestaat. In de gepubliceerde uitspraak lijkt de kantonrechter dit beding ambtshalve te hebben vernietigd 'op grond van artikel 6:236 onder b BW'. Net als in de vorige uitspraak biedt de constatering door de rechter dat het beding op de zwarte lijst staat voldoende aanleiding hiervoor en was enige actie van eiser niet vereist. Het rechtsgevolg van de ambtshalve toepassing van de zwarte lijst, dat is de vernietiging van het beding, wordt niet uitgesproken.

Voorafgaand aan de *Océano*-uitspraak werd er al ambtshalve getoetst aan de zwarte lijst. Is er iets veranderd in de rechtspraak nadat die bevoegdheid officieel werd toegekend? Wordt de bevoegdheid als dwingend ervaren en hoe wordt zij gebruikt? Welke bedingen worden ambtshalve getoetst en op welke rechtsgrondslag?

3.3.2 *Ambtshalve toetsing in het post-Océano-tijdperk*

In het bekende *Meurs/Poppeliers*-arrest¹⁰⁹ van het Hof Arnhem vindt ambtshalve toetsing plaats van een annuleringskostenbeding in een koopovereenkomst met een consument. Aan dit arrest is een zorgvuldige bestudering van de *Océano*-uitspraak voorafgegaan. Het hof gaat uit van een bevoegdheid die in elk geval verplicht moet worden gehanteerd als één van de twee in het arrest genoemde situaties zich voordoen.¹¹⁰ In deze zaak zag het hof zich verplicht om ambtshalve te toetsen. Gelet op de feiten is deze overweging juist.

2.3 (...) *dient* te worden getoetst, gegeven het feit (zie rov. 2.10 van het vermelde tussenarrest) dat Meurs (...) kennelijk buiten staat is om zich blijvend op normale voet van rechtsbijstand te voorzien, met name in de fase van deze procedure waarin de vraag naar de verbindendheid van het onderhavige annuleringskostenbeding aan de orde kwam.

Het hof toetst het beding vervolgens ambtshalve *aan* de richtlijn (en aan art. 6:237 onder i BW). Zodoende gaat het hof de mist in. Een richtlijn mag niet

¹⁰⁸ Ktg. Amsterdam 2 januari 1996, Prg. 1996, 4653.

¹⁰⁹ Hof Arnhem 12 december 2000 en 5 juni 2001, NJ 2001, 622.

¹¹⁰ De onwetende consument of de consument die vanwege de kosten ervan afziet zijn rechten geldend te maken.

rechtstreeks worden toegepast, ook niet in het kader van een ambtshalve toetsing.¹¹¹ Hier had het hof de weg van artikel 3:40 lid 2 (of art. 6:248 lid 2 BW) kunnen kiezen.

In de rechtsoverwegingen 2.2, 2.3, 2.4 en 2.5 laat het hof zich zeer expliciet uit over de vraag naar de reikwijdte van het *Océano*-arrest in termen van de ambtshalve te toetsen soorten bedingen. Zo acht het hof de bevoegdheid om de oneerlijkheidstoets ambtshalve uit te oefenen niet beperkt tot forumkeuzebedingen. Het hof baseert deze overweging op de volgende lezing van overwegingen 26 en 28 van de richtlijn.

2.4 (...) Met name ook de hieronder geciteerde, concluderende slotzin van rechtsoverweging 28 laat er naar het oordeel van dit hof geen twijfel over bestaan dat alle oneerlijke bedingen in de zin van de richtlijn ambtshalve door de nationale rechter mogen worden getoetst (...) De woorden 'een dergelijk beding' in de laatst geciteerde passage slaan onmiskenbaar op de woorden 'oneerlijke bedingen' aan het begin van rechtsoverweging 26, dus op alle oneerlijke bedingen in de zin van de richtlijn.

In een uitspraak van de meervoudige civiele kamer van de Rechtbank Amsterdam¹¹² over een vordering van een particuliere belegger tegen Dexia Bank, wordt duidelijk dat toetsing aan de zwarte lijst inmiddels in het kader van de door interpretatie van de richtlijn geschapen bevoegdheid plaatsvindt. In deze uitspraak wordt een bewijsbeding ambtshalve onredelijk bezwarend verklaard. De rechter deelt hiermee de opvatting dat ambtshalve toetsing alle typen oneerlijke bedingen betreft. Hoe dwingend de rechter het arrest heeft opgevat, blijkt niet uit deze uitspraak, waarin de ambtshalve toepassing niet nader wordt gemotiveerd.

14.2 (...) Volgens het bepaalde in artikel 6:236 aanhef en onder k BW wordt echter, in de verhouding van Labouchere als professionele wederpartij tot [eiseres] als consument, als onredelijk bezwarend aangemerkt een in algemene voorwaarden opgenomen beding van Labouchere dat de uit de wet voortvloeiende verdeling van de bewijslast ten nadele van [eiseres] wijzigt. De voorgedrukte verklaring op het aanvraagformulier 'Ja, ik heb de brochure gelezen (...)' is een zodanig beding. De rechtbank past artikel 6:236 aanhef en onder k BW ambtshalve toe in verband met het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 27 juni 2000, NJ 2000, 730 (...).

¹¹¹ Hierover meer in par. 3.3.

¹¹² Rb. Amsterdam 12 november 2003, LJN AN 7990.

Opvallend is echter dat het rechtsgevolg van deze ambtshalve toepassing van artikel 6:236 onder k BW, dat wil zeggen: de vernietiging van het beding, niet met zoveel woorden wordt uitgesproken. Consequentie van deze ambtshalve toepassing van artikel 6:236 onder k BW is dat aan de 'voorgedrukte verklaring [dat eiseres de brochure heeft gelezen] niet de betekenis toekomt dat [eiseres] de brochure heeft ontvangen voordat zij de overeenkomst aanging'. Is het beding nietig van rechtswege, vernietigd of simpelweg buiten toepassing gelaten? De sanctie blijkt niet uit de uitspraak.

De uitspraak wijst er in ieder geval op dat de rechter geen moeilijkheden ondervindt bij de ambtshalve toepassing van de zwarte lijst en bereid is in te grijpen in een overeenkomst omwille van de consument. Dit was in het *pre-Océano*-tijdperk ook al het geval.¹¹³ Er is dus eigenlijk weinig veranderd, wat de welwillendheid zou kunnen verklaren waarmee ambtshalve wordt getoetst.

Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat de rechter aan de zwarte lijst genoeg heeft om het beding te 'vernietigen' (al wordt dit niet met zoveel woorden gesteld). De zwarte lijst moet echter worden gezien als een uitwerking van de algemene toetsingsnorm uit artikel 6:233 onder a BW en tot vernietiging leiden. De koppeling aan de sanctie van artikel 6:233 onder a BW is bij ambtshalve toetsing echter onmogelijk; vernietiging op grond van dit artikel is afhankelijk van een daartoe strekkend beroep van de consument. De rechter passeert de onmogelijkheid van ambtshalve toetsing aan de open norm door zich slechts te bedienen van de zwarte lijst op een wijze die een zekere gelijkenis vertoont met de inschakeling van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Dogmatisch is deze situatie opmerkelijk, vooral omdat er voldoende duidelijkere alternatieven beschikbaar zijn (art. 3:40 lid 2 en art. 6:248 lid 2 BW). Het concrete karakter van de lijsten maakt ze in het kader van de ambtshalve toetsing tot een praktisch instrument.

3.4 Conclusie

Concluderend kan worden gesteld dat uit de jurisprudentie nog niet duidelijk blijkt hoe dwingend de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing wordt ervaren. Uit de weigering van het Kantongerecht Haarlem¹¹⁴ om op verzoek van een van rechtsbijstand voorziene consument ambtshalve te toetsen, kan worden opgemaakt dat de rechter zich terecht de ruimte gunt om een feitelijke afweging te maken.¹¹⁵ Daarbij ligt ambtelijke toetsing op verzoek niet

113 Ktg. Amsterdam 2 januari 1996, Prg. 1996, 4653 en Ktg. Groenlo 25 mei 1998, Prg. 1998, 4892 (m.nt. A.J.J. van der Heiden).

114 Ktg. Haarlem 22 januari 2003 Prg. 2003, 6031 (m.nt. A.J.J. van der Heiden).

115 Wessels & Wissink, 2006.

voor de hand aangezien het verzoek impliceert dat men op de hoogte is van zijn rechten. Dit werd onlangs nog onderstreept door de Rechtbank Utrecht.¹¹⁶

4.43 Logischerwijs kan uit het verzoek tot ambtshalve toetsing worden afgeleid dat de Vereniging Consument & Geldzaken bekend is met het bestaan van de in artikel 6:236 BW neergelegde bescherming. Een parallel met het arrest van het Hof van Justitie EG (27 juni 2000, NJ 2000, 730) doet zich hier dan ook niet voor. De Vereniging Consument & Geldzaken kan worden beschouwd als een professionele belangenbehartiger van consumenten, en niet als een onwetende partij die zonder een ambtshalve toetsing bepaalde bescherming zou komen te ontberen.

De verschillen in typen bedingen die ambtshalve zijn getoetst (een annuleringsbeding en een bewijsbeding, dat in dit geval onder annex 1 i moet worden gebracht) leiden tot de constatering dat de rechter in die gevallen uitging van een ruime lezing van het *Océano*-arrest die de mogelijkheid tot ambtshalve toetsing uitbreidt tot alle typen bedingen. De rechter maakt daarbij geen gebruik van artikel 3:40 lid 2 BW, noch van de derogerende werking van de redelijkheid en de billijkheid.

Artikelen 6:236 BW en 6:237 BW spelen een belangrijke rol, wat op een praktische omgang met de beschikbare ruimte duidt. Juridisch correct is het hanteren van de lijsten *ter invulling van* de open norm uit artikel 6:233 onder a BW na een vordering daartoe van een van de partijen. Duidelijk is dat ambtshalve toepassing van vooral de zwarte lijst in de praktijk geen enkel probleem oplevert.

Opvallend is dus dat de rechter de discussie over de mogelijkheid en zo ja, de juiste grondslag in het Burgerlijk Wetboek om bedingen ambtshalve te vernietigen, totaal aan zich voorbij laat gaan. Dit blijkt helemaal uit de ambtshalve toetsing aan de grijze lijst gekoppeld aan een rechtstreekse toepassing van de richtlijn in *Meurs-Poppeliers*.¹¹⁷ Dit vormt overigens het enige voorbeeld waarin de (weliswaar niet Nederlandse) inhoudstoets, die een brede belangenafweging veronderstelt, ambtshalve wordt toegepast.

De rechter heeft aangetoond dat hij graag gebruik wil maken van de nieuwe bevoegdheid, sterker nog, hij had al vóór *Océano* bedingen ambtshalve buiten werking gesteld. De rechter heeft zich weliswaar niet gewaagd aan een ambtshalve toetsing aan artikel 6:233 onder a BW¹¹⁸, maar heeft de lijsten regelmatig aangehaald om een beding vanwege zijn oneerlijke karakter in een conflict buiten toepassing te laten. Zonder direct te werken met de ver-

¹¹⁶ Rb. Utrecht 4 januari 2006, LJN AU8964.

¹¹⁷ Hof Arnhem 12 december 2000 en 5 juni 2001, NJ 2001, 622.

¹¹⁸ Maar wel aan de open norm uit art. 3 van de richtlijn.

nietigbaarheidssanctie, worden bedingen als onredelijk bezwarend bestempeld en uitgeschakeld.¹¹⁹

In de volgende paragraaf komen de omgang met de Europese inhoudstoets en de toekenning van rechtstreekse werking aan de richtlijn, onder andere onder invloed van de *Océano*-uitspraak, aan het licht.

4 De omgang met de Europese inhoudstoets en bijbehorende lijst

4.1 De toekenning van rechtstreekse werking aan de richtlijn

4.1.1 Doorwerkingsmechanismen van richtlijnen

Richtlijnen zijn volgens artikel 249, derde alinea EG gericht tot de lidstaten. Zij moeten de richtlijn omzetten in nationaal recht. Slechts in het geval dat de overheid dit nalaat of niet in staat blijkt een tijdige en correcte omzetting te bewerkstelligen, is in de verhouding tussen burger en overheid rechtstreekse werking aanvaard. Horizontale directe werking en omgekeerde verticale directe werking (in de verhouding overheid tot burger) gelden volgens vaste jurisprudentie van het HvJ EG niet als doorwerkingsmechanismen voor richtlijnbepalingen.¹²⁰ Bij horizontale rechtstreekse werking gaat het om de vraag of een particulier tegenover een andere particulier een direct beroep mag doen op een richtlijnbeeping (dat wil zeggen: zonder omzetting). Directe werking tussen particulieren is door het HvJ EG verworpen omdat hiermee een particulier verplichtingen zou kunnen worden opgelegd en de tegenpartij rechten worden toegekend aan de hand van een leerstuk dat tot stand is gekomen om de overheden zelf aansprakelijk te stellen voor hun falen (zij zijn voor de omzetting verantwoordelijk) en te beletten dat overheden hier enig voordeel uit kunnen halen.¹²¹ De directe doorwerking van richtlijnbepalingen dient slechts tot bescherming van de burger in zijn verticale verhouding tot de overheid.

Aan de andere kant is de vraag gerezen of rechtstreekse werking in de praktijk als een deelbaar concept kan worden beschouwd. In die zin kan worden gewezen op de noodzaak van een adequate rechtsbescherming tegen overheidsfalen in private horizontale verhoudingen. Het HvJ EG benadrukt dan ook dat richtlijnconforme interpretatie des te meer geldt wanneer de richtlijn en de daaruit voortvloeiende nationale regeling rechten aan particulie-

¹¹⁹ Rb. Amsterdam 12 november 2003, LJN AN7990.

¹²⁰ Bijvoorbeeld HvJ EG 26 februari 1986, C-152/84, Marshall I, Jur. 1986, p. 723; HvJ EG 14 juli 1994, C-91/92, Faccini Dori, Jur. 1994, p. I-3325, NJ 1995, 321.

¹²¹ F. Amtenbrink & H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*. Boom Juridische Uitgevers: Den Haag 2005, nr. 76.

ren beogen te verlenen.¹²² Het verbod op rechtstreekse horizontale werking treft voornamelijk de categorie richtlijnen die de nationale overheid ertoe dwingen in te grijpen in de in particuliere verhoudingen ontstane rechten en plichten.¹²³ Een voorbeeld betreft de *Faccini Dori*-uitspraak die betrekking had op de colportagerichtlijn.¹²⁴ In de relatie tussen particulieren geldt de rechterlijke plicht tot richtlijnconforme interpretatie als waarborg voor een effectieve rechtsbescherming. Hierbij is het van belang dat de rechter zijn nationale recht conform het doel en de bewoordingen van de relevante richtlijnen uitlegt. Deze plicht is niet beperkt tot die gevallen waarin de richtlijn niet (correct) is omgezet, maar geldt te allen tijde binnen de in de inleiding genoemde grenzen.

Wanneer de richtlijn correct is omgezet in een nationale regeling en deze regeling bovendien een open norm bevat, is de taak van de rechter een vrij eenvoudige. Hij moet er dan enerzijds voor waken dat nationale opvattingen over de gewenste concretisering niet de overhand krijgen daar waar zij in strijd zijn met het doel en de bewoordingen van de richtlijn. Anderzijds moet hij voorkomen de bewoordingen uit de richtlijn een zodanig gewicht toe te kennen dat bepalingen uit de richtlijn rechtstreeks worden toegepast (naast of in plaats van het nationale recht). In het laatste geval 'ontaardt' richtlijnconforme interpretatie van nationaal recht in de directe toepassing van de richtlijn zelf.¹²⁵ Een richtlijn kan uit zichzelf geen verplichtingen opleggen aan particulieren (en dus rechten toekennen aan de tegenpartij). Al lijkt het er wellicht op dat het verbod op directe werking richtlijnconforme interpretatie in de weg kan staan, is het tegendeel waar. Richtlijnconforme interpretatie biedt juist de mogelijkheid tot het opheffen van de in het verbod van horizontale werking besloten beperking.¹²⁶ Niettemin moet de rechter voorkomen dat het ene doorwerkingsmechanisme wordt ingewisseld voor het andere. Dit is een kwestie van interpretatiemethode en van motivering van de uitspraak.

122 HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 t/m C-403/01, *Pfeiffer c.s.*, NJ 2005, 333 waarover: H.B. Krans, 'Richtlijnconforme interpretatie, HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 t/m C-403/01 (*Pfeiffer c.s.*)', MvV 2005, p. 52-54.

123 Editorial Comments, 'Horizontal direct effect – A law of diminishing coherence?', CML Rev. 2006, p. 2.

124 C-91/92, *Faccini Dori*, Jur. 1994, p. I-3325, NJ 1995, 321.

125 Wanneer een rechter naar artikel 3 van de richtlijn verwijst in het kader van de richtlijnconforme interpretatie van artikel 6:233 sub a BW ontstaat rechtstreekse horizontale werking de jure wanneer de Europese toets zelfstandig wordt uitgevoerd. Er kan echter ook sprake zijn van verkapte of de facto horizontale werking wanneer onder de schijn van richtlijnconforme interpretatie van nationale bepalingen die op het eerste gezicht hiervoor de ruimte bieden aan (nog) niet (correct) geïmplementeerde richtlijnbevestigingen horizontale werking wordt toegekend.

126 Krans 2005, p. 54.

4.1.2 Nuancering van het probleem

Van een niet (correct) omzetten van de Richtlijn oneerlijke bedingen door de Nederlandse overheid is aanvankelijk wel degelijk sprake geweest. Dit heeft echter niet tot verticale directe werking geleid. De vraag is of na aanleiding van het implementatiewetje¹²⁷ dat de aanpassingen bewerkstelligde waarop de Europese Commissie zijn inbreukprocedure¹²⁸ had gebaseerd, de omzetting intussen als juist en voltooid kan worden beschouwd. Doordat eenmalige niet-onderhandelde bedingen nog steeds buiten het bestek van artikel 6:233 onder a vallen, is dit helaas (nog) niet helemaal het geval.¹²⁹

Echter, niets duidt op enig falen van de Nederlandse overheid bij het omzetten van de centrale norm: *oneerlijke* bedingen zijn onmiskenbaar *onredelijk bezwarende* bedingen. Hierover is men het er in de literatuur van meet af aan grotendeels ook eens.¹³⁰ De inbreukprocedure was toentertijd ook niet gericht op de omzetting van de centrale norm, de zogenaamde 'oneerlijkheidstoets' uit artikel 3 van de richtlijn, die had plaatsgevonden aan de hand van het bestaande artikel 6:233 onder a BW. De discussie over de communautaire strekking van de oneerlijkeidnorm is door het HvJ EG grotendeels gesloten.¹³¹ Het HvJ EG weigert aan te geven hoe indringend de toets uit artikel 3 van de richtlijn feitelijk is.

Men zou rechtstreekse horizontale werking juist daar verwachten waar het afwijkende nationale recht moet worden omzeild. Opvallend is dan ook dat deze correct omgezette richtlijnbevestiging een aantal keren wordt geciteerd en kennelijk rechtstreeks toegepast.¹³² Hiermee wordt in theorie een externe grens aan de uitleggplicht, die van het rechtstreekse werkingsverbod, overschreden. Het passeren van deze grens moet echter onmiddellijk worden gerelativeerd. Hoewel horizontale rechtstreekse doorwerking in strijd is met artikel 249, derde alinea EG en de vaste jurisprudentie, gaat het hier ten eerste om een *correct* omgezette richtlijnbevestiging en worden er geen particulie-

127 Wet van 28 oktober 1999, Stb. 1999, 468. Zie Hijma 2003, nr. 8, 14, 23, 33 en 58.

128 HvJ EG 10 mei 2001, C-144-99, Commissie/Nederland, Jur. 2001, p. I-3541.

129 De uitsluiting van dit type beding is terug te voeren op het criteriumverschil tussen richtlijn en afdeling 6.5.3. Waar de Europese regeling uitgaat van het onderhandelingscriterium, berust de algemene voorwaarderegeling uit het BW op het bestemmingscriterium. Zie ook noot 32.

130 Jongeneel 1993, p. 120-121; Loos 2001, nr. 96. Zie voor een iets ander geluid: J.H.M. van Erp, 'Van onredelijk bezwarend naar oneerlijk, of: van Nederzwart en Nedergris naar Euro-blauw', WPNR 6079 (1993), p. 81-83.

131 HvJ EG 1 april 2004, C-237/02, Freiburger Kommunalbauten v. Hofstetter, Jur. 2004, p. I-3403, waarin het HvJ EG in navolging van zijn advocaat-generaal pal en perk aan zijn uitleggingstaak heeft gesteld en de concrete invulling van de oneerlijkheidstoets aan de nationale rechter heeft overgelaten.

132 Rb. Rotterdam 27 januari 2000, 4 januari 2001 en 14 februari 2002, S&S 2002, 68; Hof Arnhem 12 december 2000 en 5 juni 2001, NJ 2001, 622 (Meurs/Poppeliers); Rb. Zwolle 19 oktober 2005, LJN AU5011. Zie in het bijzonder r.ov. 3.9.

ren onterecht belast. Het verbod op rechtstreekse werking als verlengde van het rechtszekerheidsbeginsel verliest betekenis als de richtlijn correct is geïmplementeerd.¹³³ Het betreft hier dus eerder een (onbewuste) schoonheidsfout, een Europeesrechtelijke misser, dan het doorbreken van de externe begrenzing van de uitlegplicht. Ten tweede zijn richtlijnen bindend ten aanzien van het te bereiken resultaat: door de inhoudelijke overeenstemming van de normen zal dit resultaat naar verwachting eensluidend zijn ongeacht of het de Europese, de Nederlandse of een gemengde toets is, die wordt toegepast. Het gaat bij een richtlijn niet zozeer om het middel, maar om om het doel dat zij beoogt te realiseren.¹³⁴

Twee mogelijke verklaringen voor de bij verwijzing naar de richtlijn ontstane verwarring tussen verplichting tot richtlijnconforme interpretatie en toekenning van rechtstreekse horizontale werking zijn in de eerste plaats de inhoudelijke overeenstemming tussen beide normen en in de tweede plaats de mogelijke verwarring die is ontstaan na de *Océano*-uitspraak¹³⁵ van het HvJ EG. Opvallend is dat de eerste verklaring voor de misvatting samenhangt met de correcte omzetting van de richtlijn, die het probleem van de rechtstreekse toepassing sterk relativeert (de rechtszekerheid is immers niet in gevaar en het resultaat van de richtlijn wordt bereikt). De inhoudelijke overeenstemming draagt bij aan het probleem en nuanceert het tegelijkertijd.

4.2 Het verwisselen van de inhoudstoetsen

4.2.1 *De materiële overeenstemming tussen de toetsen*

Voor de Richtlijn oneerlijke bedingen geldt dat een open richtlijnbevestiging (*oneerlijk*) door middel van een nationale open norm (*onredelijk bezwarend*) is omgezet. Een dergelijke vage norm zal relatief gemakkelijk richtlijnconform kunnen worden geïnterpreteerd. Het gaat hier niet zozeer om de woordkeuze als wel om de inhoudelijke overeenstemming van de normen.¹³⁶ Dubbele vaagheid van normen biedt de rechter ook de mogelijkheid om inhoudelijke discrepanties weg te nemen door de nadruk te leggen op

133 In het huidige geval van minimumharmonisatie zal rechtstreekse werking van een niet (correcte) omgezette richtlijnbevestiging bovendien pas in strijd zijn met het rechtszekerheidsbeginsel en particulieren onterecht belasten wanneer deze richtlijnbevestiging strenger luidt. Bij de Richtlijn oneerlijke bedingen is dat sowieso niet het geval.

134 De Richtlijn oneerlijke bedingen heeft als gecombineerd doel een verbeterde werking van de interne markt door een uniform (minimum)niveau van consumentenbescherming te bewerkstelligen (considerans r.ov. 6).

135 HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98, *Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero*, NJ 2000, 730.

136 Wissink 2001, nr. 376.

bepaalde toepassingswijzen van de nationale norm.¹³⁷ Dat de omzettingswetgeving een open norm bevat, heeft als gevolg dat de rechter meer ruimte heeft om aan autonome rechtsvinding te doen. Dit is echter bij richtlijnconforme interpretatie alleen van belang als er verschillen zijn in de strekking van de open norm. Dit is voor wat betreft de open term *oneerlijk* in de Richtlijn oneerlijke bedingen niet het geval.¹³⁸ Er is in de literatuur een enkele keer gewezen op verschillen in de openheid van de norm. De norm uit artikel 6:233 onder a BW zou vanuit het perspectief van de richtlijn als niet open genoeg moeten worden beschouwd, omdat de Europese norm een *zeer vergaande* inhoudelijke beoordeling van het geheel van de overeenkomst met zich meebrengt.¹³⁹ De aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen rechten en plichten ten nadele van de consument zou een indringender toets vormen dan artikel 6:233 onder a BW. Voor dit laatste bestaan mijns inziens onvoldoende aanwijzingen. De nationale wetgever noch de nationale rechter heeft dit zo opgevat.

In geen van de uitspraken waarin verwezen wordt naar de richtlijn, worden de gezichtspunten uit de richtlijn als verdergaand dan de gezichtspunten uit artikel 6:233 onder a BW beschouwd. In de uitspraken waarin werd verwezen naar de toets uit artikel 3 lid 1 richtlijn, werd de toetsing ook meermalen rechtstreeks uitgeoefend als vervanging van de toets uit artikel 6:233 onder a BW. In de volgende voorbeelden uit de jurisprudentie waarin, in strijd met vaste EG-jurisprudentie, rechtstreekse horizontale werking aan de richtlijn werd toegekend, deed de rechter een uitgebreide poging zijn plicht tot richtlijnconforme interpretatie aan te kleden met een argumentatieve verwijzing naar de richtlijn. Al doende werd hij zeer waarschijnlijk misleid door de grote mate van convergentie tussen beide toetsen. Richtlijnconforme uitleg door middel van verwijzing naar de richtlijn brengt, zo blijkt, het risico met zich mee dat, verblind door de inhoudelijke overeenstemming tussen beide regelingen, de rechter concludeert tot hun inwisselbaarheid in de toepassing.¹⁴⁰ Hieruit volgt dat omwille van eenzelfde resultaat (de verbanning van oneerlijke bedingen uit consumentencontracten) de rechter de Nederlandse toets vervangt door de toetsing aan de Europese norm.

¹³⁷ Wissink 2001, nr. 376.

¹³⁸ Jongeneel 1993, p. 120-121; Wessels & Jongeneel 1997, nr. 20, nr. 19-20, 150-151; Wissink 2001, nr. 376 onder b.

¹³⁹ Van Erp 1993, p. 81-83.

¹⁴⁰ Dat deze inwisselbaarheid ook voorkomt in uitspraken waarin niet uitdrukkelijk naar de richtlijn wordt verwezen, blijkt uit: Ktr. Amsterdam 27 maart 2001, WR 2001, 61: 'geoordeeld wordt voorts dat niet valt in te zien dat in casu sprake zou zijn van een kennelijk onredelijk of oneerlijk beding'.

4.2.2 *Illustratie aan de hand van recente rechtspraak*

In het arrest bekend onder de naam *Meurs/Poppeliers*¹⁴¹ werd door het Hof Arnhem een annuleringsbeding onderworpen aan een inhoudelijke toetsing. Het hof kwam op grond van een uitvoerige bestudering van de richtlijn tot de volgende (onjuiste) overweging:

2.5 Hiermee is de vraag aan de orde of het litigieuze annuleringskostenbeding (30% van de contractsom) oneerlijk is in de zin van de richtlijn 93/13/EEG.

De vraag die hier aan de orde had moeten zijn, is de vraag of het beding onredelijk bezwarend is op grond van artikel 6:233 onder a BW. Het beding had beoordeeld moeten worden aan de hand van het Nederlandse privaatrecht.¹⁴² Het hof laat hier de Nederlandse regeling echter niet helemaal links liggen en concretiseert de open norm uit artikel 3 lid 1 van de richtlijn aan de hand van onder andere de Nederlandse grijze lijst.

In een drievoudige uitspraak van de Rechtbank Rotterdam¹⁴³ betreffende een exoneratiebeding in het inschrijfformulier voor een beginnerscursus *paragliding*, werd artikel 6:233 onder a BW in het geheel niet genoemd. Wel was er aandacht voor de wetsgeschiedenis van artikel 6:237 onder f BW, maar de verwerping van een amendement strekkende tot verplaatsing van exoneratiebedingen naar de zwarte lijst diende slechts ter concretisering van de toets uit artikel 3 lid 1 van de richtlijn. Daarnaast werden de uit deze toets onderdeel makende aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen partijen en de aanwezigheid van het beding op de lijst bij de richtlijn als omstandigheden aangevoerd.

2.2.6 Volgens de richtlijn, zie artikel 3 lid 1, wordt een beding als oneerlijk beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit een overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort. In dit bijzondere geval is echter naar het oordeel van de rechtbank geen sprake van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de wederzijdse rechten en verplichtingen van partijen door het duidelijk en begrijpelijk opgestelde beding.

¹⁴¹ Hof Arnhem 12 december 2000 en 5 juni 2001, NJ 2001, 622 (*Meurs/Poppeliers*).

¹⁴² De verwarring die is ontstaan in het kader van de gehoudenheid tot richtlijnconforme interpretatie werd eerder al opgemerkt in: A.S. Hartkamp & M.M. Stolp, 'Een niet ingestelde verordening tot cassatie in het belang der wet', *Trema* 2003, p. 371.

¹⁴³ Rb. Rotterdam 27 januari 2000, 4 januari 2001 en 14 februari 2002, S&S 2002, 68.

In een kort geding voor de Rechtbank Zwolle,¹⁴⁴ waarin een annuleringsbeding onderwerp van geschil was, gaat de voorzieningenrechter opnieuw zo ver dat hij de nationale toets grotendeels vervangt door een toetsing aan artikel 3 lid 1 van de richtlijn. Deze rechter las in de richtlijn waarnaar hij in het kader van een richtlijnconforme interpretatie van artikel 6:233 onder a BW verwijst, de mogelijkheid tot het inwisselen van de toetsen.

3.9 [Eiser] heeft ook betoogd dat het beding onredelijk bezwarend is, in de zin van artikel 6:233 onder b BW [bedoeld zal zijn: artikel 6:233 onder a BW]. Bij het antwoord op de vraag of dat het geval is, is de EG-richtlijn van belang. Het beding komt, zoals overwogen, voor op de indicatieve lijst bij de EG-richtlijn. Zoals blijkt uit artikel 3 lid 3 van de richtlijn bevat deze lijst bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt. Artikel 3 lid 1 van de EG-richtlijn bepaalt dat een beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en dat het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voor partijen voortvloeiende verplichtingen ten nadele van de consument in strijd met de goede trouw aanzienlijk verstoort, als oneerlijk wordt beschouwd. Bij dit beding is sprake van een verstoring van het evenwicht tussen partijen. (...)

4.3 Ambtshalve toetsen aan de richtlijn?

4.3.1 De mogelijke misvatting

De toekenning van rechtstreekse doorwerking aan de Richtlijn oneerlijke bedingen doet zich voornamelijk voor sinds een tweetal uitspraken van het HvJ EG in 2000 en 2002. De verwarring tussen de doorwerkingsmechanismen is mogelijk versterkt door de *Océano*- en *Cofidis*¹⁴⁵-arresten waarin de bevoegdheid tot ambtshalve toepassing van de oneerlijkheidstoets uit de richtlijn als noodzakelijk middel werd beschouwd om het resultaat beoogd in de artikelen 6 lid 1 en 7 lid 1 te bewerkstelligen. Naar aanleiding van dit arrest wordt van de rechter verwacht dat hij, *waar nodig*, overgaat tot interpretatie van het nationale recht in conformiteit met artikel 6 lid 1 en 7 lid 1 van de richtlijn, waarin de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing door het HvJ EG werd gelezen. De met het *Océano*-arrest toegenomen druk op de rechter om aan zijn plicht tot richtlijnconforme interpretatie te voldoen¹⁴⁶ heeft als consequentie dat de rechter soms vergezochte interpretatielijnen volgt.¹⁴⁷ In de rechtspraak is de misvatting ontstaan dat niet het nationale recht maar *de richtlijn zelf* ambtshalve kan worden toegepast.

¹⁴⁴ Rb. Zwolle 19 oktober 2005, LJN AU5011.

¹⁴⁵ HvJ EG 21 november 2002, zaak C-473/00, *Cofidis/Fredout*, Jur. 2002, p. I-10875.

¹⁴⁶ Zie in het bijzonder r.ov. 32.

¹⁴⁷ Editorial Comments 2006, p. 4.

In het eerder aangehaalde arrest *Meurs/Poppeliers*¹⁴⁸ heeft het Hof Arnhem een annuleringskostenbeding in een overeenkomst van consumentenkoop ambtshalve getoetst en onredelijk bewarend *c.q. oneerlijk* verklaard. Opmerkelijk is dat dit arrest uitgebreid naar de *Océano*-uitspraak verwijst. Het annuleringsbeding wordt hier rechtstreeks getoetst aan de richtlijn waarmee de richtlijn rechtstreekse horizontale werking verkrijgt.¹⁴⁹ Mogelijk kan deze rechtstreekse toepassing van de richtlijn deels worden verklaard aan de hand van een verkeerde lezing van de *Océano*-uitspraak.

2.10 Gegeven de uitspraak van het Hof van Justitie EG van 27 juni 2000 inzake *Océano Grupo Editorial SA/Murciano Quintero* e.a. (zaken C-240/98 t/m C-244-98 (...)) gaat dit hof er voorshands vanuit dat in casu, waar Meurs, die blijkens de inhoud van zijn brief van 3 juni 1998 failliet verklaard is geweest en blijkens de onttrekking van zijn procureur en het uitblijven van een toevoeging kennelijk buiten staat is om zich op normale voet van rechtsbijstand te voorzien, *het annuleringsbeding in de CBW-voorwaarden ambtshalve kan worden getoetst aan de vermelde richtlijn.*

Op grond van voorgaande rechtsoverweging kan worden aangenomen dat de *Océano*-uitspraak voor het Hof Arnhem aanleiding is geweest om de richtlijn rechtstreeks toe te passen. Onduidelijkheid bestaat er over de vraag of ambtshalve getoetst moet worden aan het nationale recht of aan de richtlijn. De eerste manier is de enige juiste, maar dat onduidelijkheid hierover wijder verspreid is blijkt uit de eerder genoemde conclusie van advocaat-generaal Wattel.¹⁵⁰ Dit arrest betreft geen zaak waarop de Richtlijn oneerlijke bedingen van toepassing is, maar een belastingzaak waarin het waarborgen van de effectiviteit van EG-recht een rol van belang speelde. Advocaat-generaal Wattel behandelt in zijn conclusie de jurisprudentie van het HvJ EG met betrekking tot de vraag naar ambtshalve toepassing van EG-recht.

7.4 (...) hoe de zeer enge opvatting van de Afdeling Rechtspraak geheel in overeenstemming valt te brengen met de genoemde Van Schijndel-rechtspraak en met arresten van het HvJ EG zoals die in de zaken C-240 t/m 244/98, *Océano Grupo Editorial*, en C-473/00, *Cofidis* (de nationale rechter is verplicht *consumentenovereenkomsten van ambtswege te toetsen aan de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten*) (...)

¹⁴⁸ Hof Arnhem 12 december 2000 en 5 juni 2001, NJ 2001, 622 (*Meurs/Poppeliers*).

¹⁴⁹ Hartkamp & Stolp 2003, p. 371.

¹⁵⁰ HR 30 september 2005, LJN AR7735. Zie ook par. 3.1.2.

Deze op het eerste gezicht van secundair belang zijnde, want tussen haakjes geplaatste, toegevoegde informatie brengt een belangrijke constatering met zich mee. Volgens de advocaat-generaal vindt de ambtshalve toepassing plaats door rechtstreekse toetsing aan de richtlijn.

In een eerder besproken uitspraak van de Rechtbank Zwolle,¹⁵¹ waarin een annuleringsbeding rechtstreeks werd getoetst aan de richtlijn, is de noodzaak van ambtshalve toetsing ook onderstreept. Aannemelijk is dus dat het dictum¹⁵² uit de *Océano*-uitspraak, door aan te sluiten bij de tekst van de richtlijn, verwarring heeft gezaaid en zo is begrepen dat de oneerlijkheidstoets zo nodig ambtshalve moet worden toegepast.

3.2 (...) Bij het antwoord op de vraag of Rijkmans zich op het beding kan beroepen, dient de bodemrechter, nu het een geschil tussen een professionele verkoper en een consument-koper betreft, zo nodig ambtshalve, *rekening te houden* met de EG-richtlijn oneerlijke bedingen (hierna: de EG-richtlijn).

Het gaat echter te ver om uit deze overweging af te leiden dat onder de woorden 'rekening houden met' rechtstreeks toepassen wordt verstaan, maar de verdere toepassing van de richtlijn in deze uitspraak doet enige twijfels rijzen.

4.3.2 *Rechtstreekse werking door toedoen van partijen?*

Uit een uitspraak van de Rechtbank Arnhem over een *en-bloc* bepaling¹⁵³ blijkt dat het probleem van de rechtstreekse toepassing van de Richtlijn oneerlijke bedingen recent aan de orde is geweest. De onmogelijkheid ervan werd in deze zaak benadrukt als antwoord op een rechtstreeks beroep op de richtlijn door eisers.

4.9 De rechtbank overweegt dat een richtlijn in beginsel geen horizontale werking heeft, zodat X en Y zich jegens Ohra niet rechtstreeks op de bepalingen van de richtlijn kunnen beroepen. (...)

¹⁵¹ Rb. Zwolle 19 oktober 2005, LJN AU5011.

¹⁵² 'De bescherming die richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten de consumenten biedt, vereist dat de nationale rechter bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van een bij de nationale gerechten ingediende vordering ambtshalve kan toetsen of een beding in de hem voorgelegde overeenkomst oneerlijk is.'

¹⁵³ Rb. Arnhem 9 juni 2004, LJN AP3874.

Dat de rechter wél gehouden is tot richtlijnconforme interpretatie van boek 6 van het Burgerlijk Wetboek werd in dezelfde overweging vermeld. De Rechtbank Arnhem gaf hiermee blijk van een juiste benadering van de doorwerking van de richtlijn.

Opvallend, en kenmerkend voor deze uitspraak, is dat er door partijen steeds vaker een rechtstreeks beroep wordt gedaan op de richtlijn en zelfs op de dwingende bevoegdheid tot ambtshalve toetsing.¹⁵⁴ Het is goed mogelijk dat de rechter hierdoor soms op het verkeerde been wordt gezet.

In een recent arrest¹⁵⁵ van de Hoge Raad waarin een boetebeding onderwerp van geschil was, werd door eiser gesteld dat het hof het beding ambtshalve had moeten toetsen aan de richtlijn. Het hof had het beding al aan de toets aan de open norm uit artikel 6:233 onder a BW onderworpen. De Hoge Raad stelt dat het hof daarmee 'mocht' volstaan, wat mijns inziens onduidelijkheid schept. Deze formulering veronderstelt ten onrechte dat de rechter naast de toetsing aan artikel 6:233 onder a andere mogelijkheden heeft om een beding te beoordelen op zijn *oneerlijke* karakter.

3.5.4 (...) Tegen de achtergrond van de in de conclusie van de advocaat-generaal onder 2.50-2.53 vermelde gegevens moet worden aangenomen dat het hof niet ambtshalve behoefde te beoordelen of het boetebeding oneerlijk is in de daaraan door de richtlijn toegekende betekenis, en dat het hof ermee *mocht* volstaan het beding te toetsen aan artikel 6:233 onder a, BW, zoals dat door [eiser] c.s. mede met een beroep op de richtlijn werd bepleit.

Het is van belang dat de rechter een beroep op de richtlijn vertaalt naar nationaal recht. Dit kan vooral lastig zijn wanneer door partijen een beroep wordt gedaan op een beding op de facultatieve lijst bij de richtlijn dat niet voorkomt in de Nederlandse lijsten.

4.4 Verwijzen zonder direct toe te passen: de juiste aanpak en de rol van de lijsten

4.4.1 Argumenten ontlelen aan de richtlijn

Om oneerlijke bedingen te bestrijden, moet de rechter zich bedienen van het nationale recht waarmee de richtlijn is omgezet. Dit nationale recht moet zoveel mogelijk richtlijnconform worden geïnterpreteerd. Voor wat betreft de toetsing aan de open norm uit artikel 6:233 onder a BW, levert deze exer-

154 Ktg. Haarlem 22 januari 2003, Prg. 2003, 6031 (m.nt. AJJ), Rb. Utrecht 4 januari 2006, LJN AU8964, HR 7 april 2006, LJN AV5228.

155 HR 24 maart 2006, LJN AV1706.

citie weinig moeilijkheden op, gezien de mate van overeenstemming met de open norm uit de richtlijn. Er hoeven zoals gezegd geen inhoudelijke plooiën gladgestreken te worden. De Nederlandse rechter kan vasthouden aan de geijkte concretiseringsmethode: invulling van de norm aan de hand van de lijsten, gezichtspunten en omstandigheden van het geval.¹⁵⁶

Het grote voordeel van verwijzingen is dat zij aantonen dat de rechter zich rekenschap heeft gegeven van de Europese herkomst en dimensie van de nationale bepalingen uit afdeling 6.5.3 BW, hetgeen anders moeilijk te achterhalen is.¹⁵⁷ Refereren is echter niet noodzakelijk voor een richtlijnconforme uitleg en kan, zoals is gebleken, het risico van verwarring met zich meebrengen. Als de rechter ervoor kiest om te verwijzen, dan moet hij ervoor waken dat deze verwijzing geen directe toepassing van de richtlijn vormt, naast of in plaats van de toepassing van het nationale recht. De verwijzing naar de richtlijn moet plaatsvinden *in het kader van* de toepassing van het nationale recht.

Een verwijzing biedt geen rechtsgrond. Zij kan louter informatief zijn (ten aanzien van de Europese oorsprong en van de Nederlandse regel en haar richtlijnconforme uitleg) of een (toegevoegd) argumentatief effect sorteren. Met name in het tweede geval speelt de verwijzing een belangrijke rol bij de concretisering van de nationaalrechtelijke open norm. Verwijzen naar de richtlijn in het kader van de plicht tot richtlijnconforme interpretatie van artikel 6:233 onder a BW heeft echter zelden toegevoegde (argumentatieve) waarde. In de in paragraaf 4.2.2 vermelde uitspraken hadden de rechters in hun motivering duidelijker onderscheid moeten aanbrengen tussen de toets aan het nationale recht en de verwijzing naar de richtlijn, als *argument* ter concretisering van de open norm uit de nationale toets.

Aan de Europese toets mag geen zelfstandige rol worden toegekend, naast de Nederlandse toets.

De *omstandigheid* dat een beding op de niet-omgezette lijst in de bijlage bij de richtlijn staat, kan evenals de omstandigheid dat een beding onder de nationale lijsten valt, invulling geven aan de toets en de balans in het voor-

156 In het kader van de bestrijding van oneerlijke bedingen wordt de toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid als (volwaardig) alternatief (HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112 (Bramer/Colpro)) beschouwd voor de toetsing aan de open norm uit art. 6:233 onder a BW. Daarbij stelt de richtlijn dat oneerlijke bedingen consumenten niet mogen binden, een resultaat dat door de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid kan worden bereikt. Art. 6:248 lid 2 BW betreft echter een uitoefenings- en geen inhoudstoets, in tegenstelling tot art. 3 lid 1 van de richtlijn.

157 Dankzij de vele verwijzingen naar de Richtlijn oneerlijke bedingen is duidelijk geworden dat de richtlijn op een aantal punten 'leeft' in de rechtspraak. Dit is een belangrijke aanwijzing dat de plicht tot richtlijnconforme interpretatie serieus wordt opgevat. Uit verwijzingen wordt echter veel meer duidelijk zoals blijkt uit dit artikel.

deel van de consument doen uitslaan. Juist omdat de lijst niet hoeft te worden omgezet¹⁵⁸ en omdat er bedingen op voorkomen die niet in de Nederlandse lijsten staan,¹⁵⁹ kan uit een verwijzing naar deze bijlage bij de richtlijn een zeker argumentatief effect uitgaan.¹⁶⁰ Verwijzingen naar de richtlijn, en haar bijlage, hebben vooral toegevoegde waarde wanneer hier een argumentatief effect van uitgaat dat niet kan worden ontleend aan de interpretatie van de feiten op grond van het nationale recht. De open norm uit artikel 6:233 onder a BW wordt geconcretiseerd aan de hand van de omstandigheid dat het beding voorkomt op de Europese lijst.

De algemeen aanvaarde brede visie op de ambtshalve toetsing (als toege staan bij alle typen oneerlijke bedingen) droeg bij aan bijzondere aandacht voor de lijst in de eerste bijlage bij de richtlijn. Al valt deze lijst strikt genomen niet onder de plicht tot richtlijnconforme interpretatie, lijkt de rechter er, gezien het groeiende aantal verwijzingen naar de lijst bij de richtlijn,¹⁶¹ een zeker belang aan te hechten.

De lijst is een geschikt middel gebleken bij de toetsing van bedingen die niet op de Nederlandse lijsten voorkomen. De belangstelling voor de Europese lijst en vooral voor de in onze lijsten niet-voorkomende bedingen uit deze lijst is toegenomen na de *Océano*-uitspraak. Het HvJ EG heeft in zijn op het onderdeel q van de lijst toegespitste uitspraak aangetoond veel waarde te hechten aan de indicatieve lijst: het scheelde niet veel of het had rechtstreeks uit het feit dat het beding op de lijst voorkwam het oneerlijke karakter ervan afgeleid.¹⁶² Die omstandigheid werd toch nog gekoppeld aan die van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de partijen. Dat het beding op de Europese lijst voorkwam, werd in elk geval niet als een bijkomstigheid beschouwd, al was de verstoring doorslaggevend. De bevoegdheid tot ambtshalve toetsing van alle oneerlijke bedingen biedt de rechter

158 Dit werd door het HvJ EG bevestigd in: HvJ EG 7 mei 2002, C478/99, Commissie/Zweden, Jur. 2002, p. I-4147, r.ov. 20 en 21.

159 Hierbij moet worden gedacht aan arbitrale bedingen (annex 1 q), boetebedingen (annex 1 e), wijzigingsbedingen (annex 1 j): Hijma 2003, nr. 8. Zie voor een overzicht van de verschillen tussen de Nederlandse en de Europese lijsten: Jongeneel 1993, p. 124-128 en voor een overzicht van de Europese bedingen die niet op de Nederlandse lijsten voorkomen: Wessels & Jongeneel 1997, nr. 431 t/m 435.

160 Zie ook de conclusie vóór HR 24 maart 2006, LJN AV1706, r.ov. 2.51. In dit arrest stond het niet op de Nederlandse lijsten voorkomende boetebeding centraal.

161 Hof Arnhem 12 december 2000 en 5 juni 2001, NJ 2001, 622 (Meurs/Poppeliers), Rb. Rotterdam 27 januari 2000, 4 januari 2001 en 14 februari 2002, S&S 2002, 68, Rb. Zwolle 19 oktober 2005, LJN AU5011.

162 Loos 2001, nr. 195. De Europese lijst behelst echter, in tegenstelling tot onze grijze lijst, geen bewijsvermoeden. De rechter kan niet overgaan tot vernietiging van een beding op de enkele grond dat het beding voorkomt op de Europese lijst (en de constatering dat gebruiker niet is geslaagd in het weerleggen van het vermoeden). De consument-wederpartij zal het oneerlijke karakter van een beding uit de Europese lijst zelf moeten bewijzen. Dit blijft een wezenlijk verschil.

de mogelijkheid om *ook* bij ambtshalve toetsing van andere typen bedingen dan die uit onderdeel q, argumenten aan de Europese lijst te ontleen ten behoeve van de consument.

4.4.2 Voorbeeld 1: het arbitrale beding

In 1995 achtte Wissink het aannemelijk dat het uit de zwarte lijst verwijderde, maar aan artikel 6:233 onder a BW toetsbare arbitrale beding,¹⁶³ in de toekomst door de enkele plicht tot richtlijnconforme interpretatie en met het oog op de Europese lijst steeds onredelijk bezwarend moet worden beoordeeld.¹⁶⁴ De hieronder geschetste ontwikkeling lijkt aan deze stelling voorstellende waarde toe te kennen.

Er was tot voor kort, ondanks de lang gehoorde kritiek op dit type beding,¹⁶⁵ geen voorbeeld bekend van een arbitragebeding in een consumenten overeenkomst dat als onredelijk bezwarend werd gekwalificeerd.¹⁶⁶ De Richtlijn oneerlijke bedingen en in het bijzonder onderdeel q van de bijlage, inmiddels gekoppeld aan de *Océano*-uitspraak, heeft de kritiek doen toenemen.¹⁶⁷ Al naar gelang er wordt uitgegaan van een dwingende bevoegdheid tot ambtshalve toetsing of niet, is de kritiek scherper¹⁶⁸ of milder geformuleerd. De vraag is echter of de rechter deze kritiek heeft opgevangen.

De Rechtbank Arnhem deed de eerste uitspraak waarin een arbitraal beding werd *vernietigd* en verwees daarbij naar de richtlijn.¹⁶⁹ In deze zaak werd ontbinding van een koopovereenkomst betreffende een trap gevorderd, waartegen gedaagde inbracht dat de rechter zich onbevoegd moest verklaren op grond van het tussen partijen overeengekomen arbitrale beding. Eiser bracht hier tegenin dat het betreffende beding vernietigbaar is op grond van artikel 6:233 onder a BW. De rechtbank achtte interpretatie van dit artikel in conformiteit met de richtlijn geboden. Zich onder meer baserend op de omstandigheid dat het beding voorkomt op de Europese lijst en daarom als oneerlijk in de zin van artikel 3 richtlijn kan worden aangemerkt, stelde de rechter het onredelijk bezwarend karakter van het beding vast. In

163 HR 23 maart 1990, NJ 1991, 214 (Botman/Van Haaster).

164 Wissink 1995, p. 3.

165 Deze kritiek stamt uit de parlementaire geschiedenis van artikel 6:236 sub n BW.

166 In de Nederlandse jurisprudentie is maar één voorbeeld bekend van een arbitragebeding in een overeenkomst met een consument dat op grond van de redelijkheid en billijkheid buiten toepassing werd gelaten: Ktr. Zierikzee 19 februari 1988, TvA 1988, p. 147. Zie ook: HR 23 maart 1990, NJ 1991, 214 (Botman/Van Haaster).

167 A.A.H. van den Hoek, 'Weg met het arbitragebeding in de algemene voorwaarden voor de bouw?!', NJB 2003, p. 20-21; H.J. Snijders, 'De praktijk van het arbitragerecht. Verslag van de studiedag van het Instituut voor Bouwrecht gehouden op 23 mei 2003 in Tilburg. Arbitrage onder vuur of in vuur voor de arbitrage', BR 2004, p. 181-186; M.A.B. Chao-Duivis, 'Ontwikkelingen in de bouw-arbitrage: Aanbestedings- en consumentengeschillen', BR 2004, p. 231.

168 Van den Hoek 2003, p. 21; Chao-Duivis 2004, p. 231.

169 Rb. Arnhem 23 november 2005, LJN AV1969.

lijn met de uitspraak van de Kantonrechter te Zierikzee wordt het kostenargument ook in deze zaak als omstandigheid aangevoerd. Zonder verwijzing naar de Richtlijn oneerlijke bedingen was de rechter mogelijk tot eenzelfde uitspraak gekomen. De verwijzing naar onderdeel q van de bijlage geeft echter aan dat de rechter zich in zijn uitspraak gesterkt voelt door de Europese achtergrond van de open norm.

Onderstaande overwegingen uit deze uitspraak vormen een fraai voorbeeld van de aanwending van de richtlijn en haar bijlage als omstandigheid. De rechter maakt hier gebruik van het argumentatieve effect van de lijsten.

Daarnaast is in het kader van voormelde richtlijnconforme interpretatie het volgende van belang. Op grond van het onderhavige beding kan de consument zich bij een geschil met de verkoper uitsluitend tot arbitrage wenden. Er is naar het oordeel van de rechtbank daarom sprake van een beding dat tot doel of gevolg heeft het indienen van een beroep of het instellen van een rechtsvordering door de consument te beletten of te belemmeren, zoals opgenomen in de bij de richtlijn gevoegde bijlage onder q. Als gevolg van artikel 3 van de richtlijn kan een dergelijk beding als oneerlijk worden aangemerkt.

Gezien bovengenoemde omstandigheden is de rechtbank van oordeel dat onderhavig arbitraal onredelijk bezwarend is in de zin van artikel 6:233 aanhef en onder a BW.

Dat richtlijnconforme uitleg aan de hand van een verwijzing naar de richtlijn het gevaar van directe horizontale werking kan vermijden, blijkt uit bovenstaande overwegingen. Hierin werd een arbitraal beding *mede* op grond van de *omstandigheid* dat het een *oneerlijk* beding in de zin van de richtlijn betreft, als onredelijk bezwarend in de zin van artikel 6:233 onder a BW beoordeeld.¹⁷⁰

Opmerkelijk is dat de rechter verder lijkt te gaan dan het HvJ EG in het *Océano*-arrest¹⁷¹ door uit het opnemen van een beding op de Europese lijst het oneerlijke karakter ervan af te leiden zonder koppeling aan de door artikel 3 van de richtlijn voorgeschreven voorwaarde van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de partijen. Een van de overige omstandigheden aan de hand waarvan de rechter, in dit geval de toetsing aan de open norm uit 6:233 onder a invult wijst echter impliciet op een dergelijke versto-

¹⁷⁰ Het in noot 162 aangekaarte verschil tussen de Nederlandse en Europese lijst voor wat betreft de bewijspositie van de consument-wederpartij blijkt duidelijk uit deze uitspraak. De Europese lijst behelst (in tegenstelling tot onze grijze lijst) geen bewijsvermoeden. De vernietiging is gebaseerd op de door de consument gestelde feiten en omstandigheden, aangevuld met een argument ontleend aan de richtlijn (het voorkomen van het beding in de bijlage).

¹⁷¹ HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98, *Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero*, NJ 2000, 730.

ring: de consument heeft niet de mogelijkheid om zich tot de burgerlijke rechter te wenden terwijl de verkoper dat recht wel toekomt op grond van de algemene voorwaarden.

4.4.3 *Voorbeeld 2: het boetebeding*

De rechtspraak heeft zich tot dusver terughoudend getoond in het onredelijk bezwarend verklaren van boetebedingen op grond van artikel 6:233 onder a BW.¹⁷² Wel wordt de opgelegde boete soms gematigd. Verdergaande bescherming van consumenten tegen dergelijke bedingen bestaat krachtens onderdeel e van de bijlage bij de richtlijn. De plaatsing van het boetebeding op de lijst geeft aan dat dergelijke bedingen niet horen voor te komen in contracten met consumenten en al snel als onredelijk bezwarend moeten worden beschouwd.¹⁷³ In 2001 werd door het Hof Den Bosch de lijst als aanvullend argument gehanteerd om een boetebeding onredelijk bezwarend te verklaren in een zaak waarbij weliswaar geen consument maar een eenmanszaak was betrokken.¹⁷⁴ Deze zaak getuigt van een creatieve doch voorzichtige omgang met de Europese lijst.

4.4.2 (...) Op grond van deze omstandigheden, in onderling verband en samenhang beschouwd, acht het hof artikel 5,3 van de voorwaarden onredelijk bezwarend jegens Cevaal, indien de schadevergoeding onevenredig hoog moet worden geacht. In dit verband is tevens van belang dat op de bij Richtlijn 93/13/EEG gevoegde 'indicatieve lijst' als onderdeel e een beding is opgenomen dat tot doel heeft of tot gevolg heeft de consument die zijn verbintenissen niet nakomt, een onevenredig hoge schadevergoeding op te leggen. Deze Richtlijn heeft tot doel onredelijke bedingen in overeenkomsten met consumenten te weren.

5 Conclusie

De Europese inhoudstoets (art. 3 van de richtlijn) heeft weinig impact gehad op de Nederlandse rechtspraak. De beperkte hoeveelheid verwijzingen naar de richtlijn geeft aan dat er inhoudelijk niets is veranderd aan de onredelijk bezwarendheidstoets en dat de rechter geen verschillen heeft hoeven gladstrijken. De toepassing van de met voldoende waarborgen omklede artikel 6:233 onder a kan worden beschouwd als richtlijnconform. De vaagheid op zowel het Europese als het nationale niveau biedt in ieder geval veel ruimte

¹⁷² E. H. Hondius, 'I. Artikelsgewijs commentaar op titel 1, 2, 4 en 5. Titel 5, afdeling 3, artikel 237, (6.5.2A.4); annulering, aantekening 44', in: C.J.H. Brunner & E.H. Hondius (red.), *Verbintenissenrecht*. Deventer: Kluwer (losbl.).

¹⁷³ Loos 2001, nr. 196.

¹⁷⁴ Hof Den Bosch 23 augustus 2001 en 20 december 2001, NJ 2002, 486.

voor richtlijnconforme uitlegging,¹⁷⁵ maar die ruimte is niet benut (en dat was ook niet nodig). In het geval van de Richtlijn oneerlijke bedingen en bijbehorende Nederlandse wetgeving is van 'ruis'¹⁷⁶ geen sprake, door de grote inhoudelijke overeenstemming tussen beide normen.¹⁷⁷ In de literatuur was de geringe invloed van de in grote mate op de Nederlandse toets lijkende Europese inhoudstoets al voorspeld.¹⁷⁸ Uit de rechtspraktijk blijkt dat deze voorspelling is uitgekomen.

De invloed van de Europese lijst op de rechtspraak is in de praktijk opvallend groot (en groter dan aanvankelijk was voorzien). Deze is niet limitatief bedoeld en heeft volgens de richtlijn slechts indicatieve waarde. Aan de constatering dat bedingen op de Europese lijst en niet op de Nederlandse lijst staan, hoeven voor wat betreft de juiste omzetting van de richtlijn geen gevolgen te worden verbonden. Er blijkt echter een zeker argumentatief effect uit te gaan van de plaatsing van een niet in de Nederlandse lijsten voorkomend beding op de Europese lijst. En dit effect wordt terecht benut door de rechter.

Twee niet rechtstreeks op de inhoudstoets betrekking hebbende onderdelen van de richtlijn vormden volgens de literatuur de twee grootste knelpunten voor wat betreft de mogelijkheid tot richtlijnconforme interpretatie van het BW: de *contra proferentem*-regel (art. 5 van de richtlijn) en de door het HvJ EG uit artikelen 6 en 7 van de richtlijn afgeleide bevoegdheid tot ambtshalve toetsing. Daarbij hebben zowel de uitlegregel als de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing gevolgen voor de positie van de rechter. De betekenis in de rechtspraak van de uitlegregel is echter beduidend kleiner dan die van de door het HvJ EG toegekende bevoegdheid tot ambtshalve toetsing. Waar de uitlegregel maar niet onder het juk van Haviltex vandaan lijkt te komen en op verzet stuit, blijkt de rechter juist zeer ontvankelijk voor bovengenoemde bevoegdheid.

¹⁷⁵ Wissink 2001, nr. 376.

¹⁷⁶ Wissink 2001, nr. 376 en 480. Ruis houdt in het gevaar dat richtlijnconforme interpretatie van de vage nationale norm zal leiden tot een invulling van de vage richtlijnnorm aan de hand van opvattingen over de strekking en betekenis van de nationale norm (en niet andersom), problematische ruis is mijns inziens ruis die uiteindelijk tot een onjuiste toepassing van gemeenschapsrecht leidt.

¹⁷⁷ Dat er wel sprake is van een lichte vorm van ruis is zeer aannemelijk. Men mag niet te snel aannemen dat het nationale recht en de richtlijn steeds zullen samenvallen. Nuancering van de hierboven vastgestelde grote mate van overeenstemming tussen de twee normen betreft bijvoorbeeld de respectievelijk bijbehorende lijsten. De indicatieve status van de Europese lijst zorgt ervoor dat hier strikt genomen geen sprake kan zijn van ruis. Een voorbeeld van een door nationale opvattingen over de gewenste concretisering enigszins beïnvloede toepassing van de oneerlijkeheidsnorm betreft niettemin de terughoudendheid van de nationale rechter om arbitrage- en boetebedingen onredelijk bezwarend te verklaren. Hier lijkt echter langzaam verandering in te komen.

¹⁷⁸ Jongeneel 1993, p. 120-121; Wessels & Jongeneel 1997, nr. 20, nr. 19-20, 150-151; Wissink 2001, nr. 376 onder b.

Zowel bij de ambtshalve toetsing als bij het ontlenen van argumenten aan de Europese lijst ligt het gevaar van de toekenning van rechtstreekse werking aan de richtlijn op de loer. Het is hierbij van belang dat de richtlijn geen grotere rol krijgt toegedicht dan op grond van het Europese recht is toegestaan. De inhoudelijke overeenstemming tussen de Nederlandse en de Europese toets en de *Océano*-uitspraak kunnen de ontstane verwarring ten opzichte van het juiste doorwerkingsmechanisme goed verklaren. Omdat de richtlijn correct is omgezet, heeft het toekennen van rechtstreekse werking echter geen gevaar opgeleverd voor de rechtszekerheid.

Al met al heeft de rechtspraak dus nogal wisselend gereageerd op de implicaties van de Richtlijn oneerlijke bedingen. Waar zij de richtlijn heeft omarmd (ambtshalve toetsing en Europese lijst), is zij er op inventieve (maar niet altijd juiste) wijze mee omgegaan. Het artikel heeft om die reden aandacht besteed aan een meer nauwkeurige aanpak.